

BETRIEBLICHE NORMSETZUNG UND TARIFAUTONOMIE

Zu den tariflichen Regelungssperren im Betriebsverfassungsgesetz

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Jürgen Heyer

Richter am Amtsgericht in Berlin



1984

BETRIEBLICHE NORMSETZUNG
UND TARIFAUTONOMIE

Zu den tariflichen Regelungssperren
im Betriebsverfassungsgesetz

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Jürgen Heyer

Richter am Amtsgericht in Berlin

1983

Erstgutachter: Prof. Dr.jur. Klaus Adomeit
Zweitgutachter: Prof. Dr. jur. Dietrich von Stebut
Tag der mündlichen Prüfung: 22. Mai 1984

INHALTSVERZEICHNIS

A	Einleitung	1
I	Das Problem	1
II	Abgrenzung und Aufbau	5
B	Die Entwicklung des Dualismus von Tarifautonomie und Betriebsverfassung	7
I	Die Ursprünge des dualen Systems	7
II	Das Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920	10
III	Das Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952	11
1.	Entstehungsgeschichte	11
2.	Prinzipien der Zuständigkeitsverteilung bei der betrieblichen Mitbestimmung	13
C	Die Zuständigkeit der Betriebsparteien zur Regelung der Arbeitsbedingungen	16
I	Mitbestimmung bei materiellen Arbeitsbedingungen	16
1.	"Abschied" von den materiellen und formellen Arbeitsbedingungen?	16
a)	Meinungsstand	17
b)	Gesetzgebungsverfahren	17
2.	Mitbestimmung beim Arbeitsentgelt	19
a)	Leistungsbezogene Entgelte	19
b)	Zeitlohn	22
c)	Arbeitsentgelt im weiteren Sinne	24
3.	Mitbestimmung bei Kurzarbeit und Überstunden	25
4.	Sonstige Mitbestimmungsrechte in materiellen Arbeitsbedingungen	26
a)	Sozialplan	26
b)	Ausgleich besonderer Belastungen	27
5.	Die Lehre von den Annexregelungen	28
II	Zulässigkeit freiwilliger Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat	30
1.	Die Betriebsvereinbarung	30
a)	Zuständigkeit in sozialen Angelegenheiten	30
b)	Lohnpolitische Funktion	33
aa)	Meinungsstand	33
bb)	Stellungnahme	35
2.	Die Regelungsabrede	38
III	Zwischenergebnis	39

D	Der Einfluß der Tarifparteien auf die betriebliche Regelungsbefugnis	40
I	Tarifrechtliche Schranken betrieblicher Regelungsbefugnis	40
1.	Das Günstigkeitsprinzip zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung	40
a)	Das Rangverhältnis	40
b)	Der Günstigkeitsvergleich bei den formellen Arbeitsbedingungen	41
2.	Regelungsabrede und Tarifvertrag	42
3.	Die Änderung der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag	43
a)	Grundsätze	43
b)	Die tarifliche Schlichtungsstelle	45
c)	Gewerkschaftliche Vertrauensleute	46
II	Institutionelle Kooperation von Tarif- und Betriebsparteien	47
1.	Abgrenzung zu verbandsrechtlicher Zusammenarbeit	47
a)	Arbeitgeber und Arbeitgeberverband	47
b)	Betriebsrat als Gewerkschaftsmitglied	48
2.	Zusammenwirken zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft	49
a)	Wahleinflußrechte	49
b)	Teilnahme- und Unterrichtsrechte	49
c)	Der Grundsatz des § 2 Abs.1 BetrVG 1972	51
aa)	Verbindliche Rechtsnorm	52
bb)	Inhalt und Durchsetzung	54
III	Zwischenergebnis	58
E	Der gegenständliche Geltungsbereich des § 77 Abs.3 BetrVG 1972	59
I	Überblick über die Normfunktionen	59
1.	Ausschluß des Günstigkeitsprinzips zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung	59
2.	Verbot von Außenseiterschutz	60
3.	Verhinderung von Störungen der Tarifautonomie	62
II	Meinungsstand zum gegenständlichen Geltungsbereich	64
III	Wortlaut und Gesetzssystematik	66
1.	Der Begriff der Arbeitsbedingung	66
2.	Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung	67
a)	Arbeitsentgelt und sonstige Arbeitsbedingungen	68
aa)	Inhaltlicher Vergleich	68
bb)	Tarifrechtlicher Vergleich	71

b)	Tarifüblichkeit und sonstige Arbeitsbedingungen	71
3.	Gesetzessystematik	73
IV	Der Zweck des § 77 Abs.3	73
1.	Rechtspolitische Stellungnahmen	73
2.	Die Begründung des Gesetzgebers	74
3.	Die Sicherung des Betriebsfriedens	75
4.	Die Sicherung der Tarifautonomie	75
a)	Die Sicherung der überbetrieblichen Ordnung der Arbeitsbedingungen	76
b)	Konkurrenzschutz	78
aa)	Sperrwirkung gegenüber arbeitsvertraglichen Regelungen	80
bb)	Sperrwirkung gegenüber Regelungsabreden	80
V	Tarifvertrag und Betriebsverfassung nach dem Grundgesetz	83
1.	Die verfassungsrechtliche Garantie der Tarifautonomie	83
2.	Die verfassungsrechtliche Garantie der Betriebsverfassung	84
a)	Die Kompetenz nach Art.74 Nr.12 GG	84
b)	Das Sozialstaatsprinzip und Betriebsverfassung	85
3.	Zulässigkeit betriebsverfassungsrechtlicher Tarifvorbehalte	86
a)	Tarifvorbehalt und Sozialstaatsprinzip	87
b)	Tarifvorbehalt und Subsidiaritätsprinzip	88
c)	Tarifvorbehalt und negative Koalitionsfreiheit	90
4.	Notwendigkeit betriebsverfassungsrechtlicher Tarifvorbehalte	91
a)	Zum Verhältnis von Tarifautonomie und Gesetz	91
b)	Tarifautonomie und Mitbestimmung	93
c)	Art.9 Abs.3 GG und Betriebsvereinbarungsautonomie	94
aa)	Zum Ausschluß des Günstigkeitsprinzips und zum Üblichkeitsvorbehalt	95
bb)	Zum Verbot von Außenseiterschutz	97
cc)	Durchsetzung des Verbots	98
VI	Tarifvorbehalt und Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung	100
1.	Die Eignung von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung zur Regelung der Arbeitsbedingungen	100
a)	Das Kriterium des Differenzierungsverbots	100
b)	Das Kriterium der Sachnähe	102
2.	Gefährdung betriebsnotwendiger Regelungen durch Tarifvertrag	103

a)	Die Arbeitsbedingungen des § 87 Abs.1 BetrVG	104
b)	Die Arbeitsbedingungen des § 88 BetrVG	104
c)	Betriebsnotwendige Entgeltregelungen	107
VII	Zwischenergebnis	108
F	Das "Bestehen" eines Tarifvertrages nach den Eingangsworten des § 87 Abs.1	110
I	Die Probleme des Tarifvorbehalts im Überblick	110
1.	Mittelbarer Ausschluß der Mitbestimmung durch Tarifvertrag	111
2.	Anforderungen an die tarifliche Sachentscheidung	112
II	Meinungsstand	113
III	Wortlaut des § 87 Abs.1 Satz1	114
IV	Tarifrechtliches Konzept	115
1.	Tarifbindung des Arbeitgebers	115
2.	Tarifbindung der Arbeitnehmer	115
a)	Regelung durch Betriebsnorm	115
b)	Regelung durch Inhaltsnorm	116
c)	Erweiterter Anwendungsbereich der Betriebsnormen	117
V	Arbeitsvertragliches Konzept	119
VI	Betriebsverfassungsrechtliches Konzept	121
1.	Tarifgebundenheit des Arbeitgebers und eines Arbeitnehmers	121
2.	Tarifgebundenheit des Arbeitgebers allein	122
a)	Verzicht auf lückenlosen Kollektivschutz	122
b)	Der Sinn des Tarifvorbehalts des § 87 Abs.1	123
aa)	Meinungsstand	123
bb)	Ersatz der Mitbestimmung durch Tarifvertrag	124
cc)	Konkurrenzschutz	125
VII	Die Sperrwirkung eines nachwirkenden Tarifvertrages	126
1.	Meinungsstand	126
2.	Stellungnahme	127
VIII	Zwischenergebnis	128
G	Das Verhältnis der Tarifvorbehalte zueinander	131
I	Meinungsstand	131
1.	Die Zwei-Schranken-Theorie	132
2.	Die Vorrang-Theorie	134
3.	Die Lösungsvarianten im Überblick	134
II	Materialien und Gesetzessystematik	135

1.	Gesetzgebungsverfahren	135
2.	Gesetzessystematik	136
III	Kritik der Zwei-Schranken-Theorie	138
1.	Ausschluß der Mitbestimmung durch § 77 Abs.3	138
a)	Sperrwirkung des § 77 Abs.3 bei formloser Realisierung der Mitbestimmung?	138
b)	Notwendigkeit der gegenständlichen Abgrenzung der Sperrwirkung des § 77 Abs.3	140
c)	Beispiele	141
aa)	§ 77 Abs.3 und die Mitbestimmung beim Akkord	141
bb)	§ 77 Abs.3 und die Mitbestimmung bei der bargeldlosen Lohnzahlung	144
2.	Ausschluß der normativen Realisierung der Mitbestimmung	145
a)	Konkurrenz von Gewerkschaft und Betriebsrat im Mitbestimmungsbereich	146
b)	Notwendigkeit einzelvertraglicher Umsetzung mitbestimmungspflichtiger Maßnahmen	147
c)	Wirkungen des Spruchs der Einigungsstelle	148
d)	Unterscheidung formeller und materieller Arbeitsbedingungen	150
IV	Kritik der Vorrang-Theorie	151
1.	Subsidiaritätsgesichtspunkte	151
a)	Der Tarifvorbehalt des Eingangssatzes des § 87 Abs.1	151
b)	Die einzelnen Tatbestände des § 87 Abs.1	153
c)	Die Mitbestimmungsrechte außerhalb des § 87 Abs.1	154
2.	Störung der Tarifpolitik durch Mitbestimmung	156
3.	Freiwillige Vereinbarungen der Betriebsparteien in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten	159
a)	Meinungsstand	159
b)	Wortlaut und Sinn des § 87 Abs.1 Halbsatz 1	161
c)	Die Bedeutung des Verhältnisses zu § 77 Abs.3	161
aa)	Zwei-Schranken-Theorie	161
bb)	Vorrang-Theorie	162
V	Zwischenergebnis	164
H	Zusammenfassung	166
	Anmerkungen	170
	Literaturverzeichnis	211

A Einleitung

I Das Problem

Das Verhältnis zwischen Gewerkschaften und Betriebsräten erscheint auf den ersten Blick unproblematisch. Bei den Betriebsratswahlen des Jahres 1981 sind mehr als 80% gewerkschaftlich organisierte Betriebsräte, vorwiegend aus einer Gewerkschaft des Deutschen Gewerkschaftsbundes gewählt worden. Weniger als 18% der Betriebsräte sind nicht organisiert (1). Die Betriebsratsmitglieder, die einer Gewerkschaft angehören, nehmen in der Regel wichtige Funktionen in ihren Organisationen wahr. Häufig sind sie kraft Satzung zugleich gewerkschaftliche Vertrauensleute. Sie organisieren die Mitgliederwerbung und überwachen die Beitragskassierung. Wegen ihrer Informationen aus den Betrieben haben sie eine starke Stellung in den gewerkschaftlichen Tarifkommissionen. Vom Grad ihrer Streikbereitschaft hängt häufig die Bereitschaft der Belegschaften zum Arbeitskampf ab. Ihre Arbeit ist deshalb für die Erfüllung gewerkschaftlicher Aufgaben unentbehrlich geworden (2).

Andererseits sind die Betriebsräte bei ihrer Arbeit in den Betrieben auf die gewerkschaftliche Unterstützung angewiesen. Ohne gewerkschaftlich organisierte Schulungsveranstaltungen, ohne die Beratung in Rechtsfragen ist der Betriebsrat dem Arbeitgeber, der häufig Fachleute beschäftigt, wie Lohnbüro, Personalabteilung, Arbeitsstudien-, Sozial- und Rechtsabteilung, kaum ein ernsthafter Verhandlungspartner. Es verwundert deshalb nicht, daß empirische Untersuchungen (3) bestätigt haben, daß die Betriebsratsmitglieder überwiegend ein enges Verhältnis zu den Orts- und Kreisausschüssen der Gewerkschaft suchen. Ihre Selbständigkeit sehen sie dadurch nicht gefährdet. Eher beklagen sie, daß sich die Gewerkschaften zu wenig um die Arbeit in den Betrieben kümmern.

Anlehnung an die Gewerkschaften suchen allerdings vorwiegend Betriebsräte in kleineren und mittleren Unternehmen sowie in Betrieben strukturgefährdeter Branchen wie etwa im Steinkohlenbergbau und der Eisen schaffenden Industrie (4). Gewährt die wirtschaftliche Lage jedoch relative Arbeitsplatzsicherheit, können Betriebsräte Selbständigkeit gegenüber den Gewerkschaften gewinnen, da sie ihre Zielvorstellungen ohne ihre Organisationen durchsetzen

können. Dann zeigt sich, daß Gewerkschaften und Betriebsräte unterschiedliche Interessen haben können, die zu erheblichen Differenzen führen können, und in der Vergangenheit auch geführt haben. So waren die Betriebsräte maßgeblich an der Lohnentwicklung der Sechziger- und Siebzigerjahre beteiligt, die dazu geführt hat, daß die Spanne zwischen Tarif- und Effektivlöhnen immer größer geworden ist. Betriebsräte und Management in der Automobilindustrie haben etwa nach den Tarifabschlüssen des Jahres 1972, die durchschnittliche Lohnerhöhungen zwischen 6% und 7,5% ergeben hatten (5), weitere Lohnerhöhungen in Form von Leistungsprämien, Erschwerniszulagen und Gratifikationen bis zu 3% vereinbart (6). Die Vermutung, Betriebsräte verzichten zuweilen als Mitglieder gewerkschaftlicher Tarifkommissionen auf die Durchsetzung von Forderungen gegenüber den Arbeitgeberverbänden, um sie nach den Tarifabschlüssen in Form von Lohnzulagen auf betrieblicher Ebene durchzusetzen (7), ist deshalb nicht von der Hand zu weisen. Aus der Sicht der Betriebsvertretungen ist eine solche Einstellung sogar verständlich: Wenn sie als Mitglieder der Tarifkommission Höchstlöhne fordern, engen sie ihren betrieblichen Handlungsspielraum ein (8).

Lohnsysteme auf betrieblicher Ebene müssen die Gewerkschaften jedoch als Gefährdung ihrer Werbkraft ansehen, da sie den Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt beeinträchtigen. Spielraum für betriebliche Lohnpolitik ergibt sich allerdings in der Regel nur in solchen Unternehmen, deren überdurchschnittliche Leistungsfähigkeit durch regionale Verbandstarifverträge, die sich an den leistungsschwächeren Unternehmen orientieren müssen, von der Arbeitnehmerseite gesehen nicht angemessen berücksichtigt wird. Ein Mittel, um den sich ergebenden Lohnspielraum tariflich in den Griff zu bekommen, sind Firmentarifverträge zwischen dem Unternehmen und der zuständigen Gewerkschaft. Diesen Verträgen stellen sich jedoch nicht nur die Arbeitgeber entgegen. Die Ansichten über ihre Effizienz können auch zwischen Gewerkschaften und Betriebsräten auseinandergehen (9). Als etwa die hessische Bezirksleitung der IG Metall im Jahre 1969 versucht hat, mit neun Großunternehmen der chemischen Industrie Hessens Firmentarife abzuschließen, um die Arbeitsbedingungen der Leistungsfähigkeit der einzelnen Unternehmen anzupassen, sind auch die Betriebsratsvorsitzenden diesem Begehren entgegengetreten (10). Die betriebsnahe Tarifpolitik der Gewerkschaften soll in Hessen gerade an der mangelnden Kooperation der organisierten Betriebsräte ge-

scheitert sein (11).

Die konjunkturelle Entwicklung hat den Spielraum für betriebliche Lohnpolitik zwar eingeschränkt. Die Beispiele belegen jedoch, daß bestimmte Konfliktsituationen zwischen Betriebsräten und Gewerkschaften im dualistischen System von Tarifautonomie und Betriebsverfassung selbst angelegt sind. Anders als etwa in Großbritannien und den Vereinigten Staaten (12) sind die Betriebsvertretungen nicht Teil der gewerkschaftlichen Organisationen. Sie werden nicht von den Gewerkschaften in die Betriebe delegiert, sondern von der Belegschaft jedes Betriebes in unmittelbarer und geheimer Wahl gewählt (§ 14) (13). Bei der Amtsführung sind sie durch § 75 Abs.1 zu gewerkschaftsneutralem Handeln verpflichtet (14). Erfolge ihrer Tätigkeit kommen allen Arbeitnehmern des Betriebes zugute.

Neben die nach §§ 3 Abs.1, 4 Abs.1 Satz 1 TVG prinzipiell auf Mitgliederschutz und damit auf Differenzierung organisierter und nicht organisierter Arbeitnehmer ausgerichtete Tarifautonomie tritt die auf Gleichbehandlung verpflichtete Betriebsverfassung. Da den Arbeitnehmern die betriebliche Gestaltungsbefugnis über den Betriebsrat automatisch durch Eintritt in den Betrieb zufällt, die gewerkschaftliche Tätigkeit jedoch durch Mitgliedsbeiträge finanziert wird, stellt sich für den organisierten Arbeitnehmer die Frage, ob seine Interessen, die durch Betriebsrat und Gewerkschaft wahrgenommen werden, nicht unzumutbar überrepräsentiert sind. Der nicht organisierte Arbeitnehmer könnte den Betriebsrat als kostenfreie Alternative zum Gewerkschaftsbeitritt ansehen. Die Berechtigung dieser Bedenken hängt davon ab, wie die Zuständigkeiten zwischen Tarifautonomie und Betriebsverfassung verteilt und abzugrenzen sind.

Das in der dualistischen Arbeitsverfassung angelegte Konkurrenzproblem hat der Gesetzgeber zunächst in § 2 Abs.3 angesprochen: die Aufgaben der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände insbesondere bei der Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder sollen durch das Betriebsverfassungsgesetz nicht berührt werden. Nach § 2 Abs.1 sind ferner nicht nur Arbeitgeber und Betriebsrat auf eine vertrauensvolle Zusammenarbeit festgelegt, beide Betriebsparteien sollen vielmehr auch mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen zusammenwirken. Bei der Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat sowie dem Zusammenwirken der Be-

triebsparteien mit den jeweiligen Verbänden sind die geltenden Tarifverträge zu beachten. Diese Formulierung weist nicht nur auf § 80 Abs.1 Nr.1 hin, der dem Betriebsrat u.a. die Aufgabe überträgt, für die Durchführung von Tarifverträgen zu sorgen, sondern vor allem auf § 77 Abs.3, der die Zuständigkeit der Betriebsparteien zu normativer Regelung betrieblicher Angelegenheiten einschränkt, sofern Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, wenn nicht der Tarifvertrag ausdrücklich den Abschluß ergänzender Betriebsvereinbarungen zuläßt. Die Mitbestimmungsrechte in den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs.1 stehen unter einem weiteren Vorbehalt. Nach dem Eingangssatz dieser Bestimmung hat der Betriebsrat in den folgenden Angelegenheiten nur mitzubestimmen, "soweit eine... tarifliche Regelung nicht besteht".

Mit den Tarifvorbehalten hat der Gesetzgeber den Koalitionen eine "Normsetzungsprärogative" (15) oder "Vorrangkompetenz" (16) eingeräumt. Freilich ist mit dieser Feststellung für die konkreten Probleme der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Tarifvertrag und betrieblicher Normsetzung, insbesondere betrieblicher Mitbestimmung, noch wenig gewonnen. Das Gesetz wirft vielmehr eine Vielzahl rechtlicher und faktischer Probleme auf. § 77 Abs.3 geht nämlich auf § 59 BetrVG 1952 zurück, eine Norm, die in der betrieblichen Wirklichkeit so häufig mißachtet worden ist (17), daß man bereits gemutmaßt hat, die Bestimmung könne gewohnheitsrechtlich derogiert worden sein (18). In rechtlicher Hinsicht sind es besonders zwei Fragen, die auch mehr als zehn Jahre nach Inkrafttreten des Betriebsverfassungsgesetzes von 1972 nicht als beantwortet gelten können:

(1) Was sind "sonstige Arbeitsbedingungen" im Sinne des § 77 Abs.3? Bezieht sich die Sperrwirkung tariflicher und tarifüblicher Regelungen nur auf einen abgrenzbaren Kreis von Arbeitsbedingungen, die entgeltähnlichen "materiellen" Arbeitsbedingungen oder gilt sie für sämtliche Arbeitsbedingungen, also auch die formellen?

(2) Wie ist das Verhältnis beider Tarifvorbehalte zueinander zu sehen? Steht die betriebliche Mitbestimmung nur unter dem Vorbehalt des § 87 Abs.1 Halbsatz 1 oder müssen die Betriebsparteien auch § 77 Abs.3 beachten?

Gerade in die Diskussion der zweiten Frage ist in der letzten Zeit Bewegung gekommen. Bis vor kurzem hat man überwiegend entweder § 77 Abs.3 überhaupt nicht im Bereich der Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 angewandt oder bereits bei nur üblicher Tarifregelung nach § 77 Abs.3 das Mitbestimmungsrecht zumindest bei den materiellen Angelegenheiten ausgeschlossen. Heute scheint sich eine Ansicht durchzusetzen, nach der § 77 Abs.3 zwar für die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 gilt, aber nur deren Realisation durch Betriebsvereinbarung ausschließt, die formlose Ausübung jedoch gestattet. Diese Problemlösung hat so fasziniert, daß sich ihr auch namhafte Kommentatoren angeschlossen haben (19), obwohl die Auswirkungen dieser Lehre bisher nicht näher untersucht worden sind.

Der Schwerpunkt der folgenden Überlegungen liegt bei der Klärung des Verhältnisses der beiden Tarifvorbehalte zueinander. Es wird jedoch deutlich werden, daß die beiden Hauptfragen nicht losgelöst voneinander beantwortet werden können.

II Abgrenzung und Aufbau

Die Tarifvorbehalte des Betriebsverfassungsgesetzes stehen im Schnittpunkt zweier Problemkreise:

Sie sind zunächst einzuordnen in die allgemeinen Schranken der Betriebsautonomie (20), da sie eine spezielle Schranke der betrieblichen Selbstverwaltung gegenüber der Tarifautonomie darstellen. Es ist zu klären, ob die betriebliche Mitbestimmung und die funktionelle Zuständigkeit der Betriebsparteien zur Regelung der Arbeitsbedingungen immanente Schranken enthalten, die eine Kollision tarifvertraglicher und betrieblicher Regelungen bereits im Vorfeld der §§ 77 Abs.3, 87 Abs.1 Halbsatz 1 ausschließen.

Die Fragestellung ist ferner angesiedelt im Problemkreis Betrieb und Gewerkschaft (21). Hier geht es allerdings nicht um Kompetenzkonflikte zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeber, die besonders bei der Mitgliederwerbung und der Werbung vor Betriebsratswahlen sowie beim Zugang zum Betrieb (22) entstehen. Es kommt vielmehr darauf an, wie die betriebliche Regelungsmacht durch Tarifvertrag und die durch das Betriebsverfassungsgesetz institutionalisierte Zusammenarbeit zwischen Tarif- und Betriebsparteien beeinschränkt werden kann.

Diese für das Verständnis der Tarifvorbehalte unerläßlichen Vorfragen sollen nach einem kurzen Rückblick auf die Entwicklung des Dualismus von Tarifautonomie und Betriebsverfassung, der ohne weiteres ja nicht als notwendig einleuchtet und nur aus seiner Geschichte verständlich wird, unter C und D erörtert werden. Im Abschnitt E wird sodann nach den gegenständlichen Schranken des § 77 Abs.3 gefragt. Unter F werden die Anforderungen an einen bestehenden Tarifvertrag im Sinne der Einleitungsworte des § 87 Abs.1 geprüft. Daran schließt sich unter G die Bestimmung des Verhältnisses beider Tarifvorbehalte zueinander an.

Die Problemkreise sind verknüpft durch die grundlegende Frage, ob tarifliche und betriebliche Zuständigkeiten anhand von Regelungsgegenständen abgegrenzt werden können. Darüberhinausgehende Probleme der Vorbehalte, etwa die Fragen nach den Voraussetzungen für eine übliche Tarifregelung im Sinne des § 77 Abs.3 oder nach den inhaltlichen Anforderungen an eine Tarifbestimmung, die nach § 87 Abs.1 Halbsatz 1 das Mitbestimmungsrecht ausschließt, können nur gestreift werden (23).

B Die Entwicklung des Dualismus von Tarifautonomie und Betriebsverfassung

I Die Ursprünge des dualen Systems

Tarifautonomie ist das Recht der Berufsverbände (1), die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Tarifverträgen selbstverantwortlich zu regeln (2). Dazu gehört nach § 3 Abs.2 TVG auch die Befugnis, betriebsverfassungsrechtliche Fragen zu ordnen. Hatte noch der erste Referentenentwurf einer Verordnung über den Tarifvertrag des Zentralamtes für Arbeit, der sogenannte Lemgoer Entwurf, in seinem § 3 Abs.1 als Inhalt des normativen Teils eines Tarifvertrages lediglich Rechtsnormen vorgesehen, "die das Eingehen, den Inhalt und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche Fragen ordnen können" (3), so haben insbesondere die Gewerkschaften in ihren verschiedenen Entwürfen von April bis September 1948 (4), inzwischen aber auch der Entwurf des Arbeitsrechtsausschusses des Länderrats vom Juli 1948, der sogenannte Zusmarshausener oder Stuttgarter Entwurf (5), von Anfang an auf der Zuständigkeit zur Gestaltung der Betriebsverfassung bestanden.

Unter Betriebsverfassung versteht man die Gesamtheit der Regeln über die Rechtsstellung der Arbeitnehmerschaft im Betrieb einschließlich ihrer Organe, ihrer Rechte und Pflichten und ihrer Stellung zum Arbeitgeber (6). Kernstück der Betriebsverfassung sind die Vorschriften über die Mitbestimmung und Mitwirkung der Arbeitnehmer bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen. Tarifautonomie und Betriebsverfassung begründen somit beide Zuständigkeiten zur Regelung der Arbeitsbedingungen. Das darin angelegte Spannungsverhältnis macht schon die Geschichte beider Institutionen deutlich, wenn man sie nicht unabhängig voneinander, sondern im Zusammenhang betrachtet (7). Dann stellt sich schnell heraus, daß die Entwicklung der Betriebsverfassung nicht nur die Geschichte von Einrichtung und Ausbau betrieblicher Beteiligungsrechte ist, sondern ebenso vom Kampf der Gewerkschaften um den Einfluß auf die Betriebsvertretungen, die nicht aus ihren Organisationen hervorgegangen sind.

Die Idee einer konstitutionellen betrieblichen Vertretung der Arbeitnehmer hat zuerst im Entwurf einer Gewerbeordnung durch die

Frankfurter Nationalversammlung von 1849 (8) und dann als Novelle zur Gewerbeordnung vom 1. Juni 1891 (9) Anerkennung gefunden. Die dort vorgesehenen freiwilligen Fabrik- oder Arbeiterausschüsse, die 1905 durch die Novelle zum Preußischen Berggesetz (10) für bestimmte Bergwerke obligatorisch eingerichtet wurden, sind von Anfang an auch als Gegengewicht zur Bewegung der organisierten Arbeitnehmer verstanden worden (11). Es verwundert deshalb nicht, daß die Gewerkschaften die betrieblichen Interessenvertretungen als Konkurrenz zu ihren eigenen Organisationen ansahen und ablehnten (12). Mitentscheidend für diese Einstellung dürfte die Unsicherheit des eigenen rechtlichen Status gewesen sein. Obwohl etwa die sozialistisch orientierten, in Unterscheidung zu den christlichen Arbeiterorganisationen "frei" genannten Gewerkschaften nach ihrem Zusammenschluß im November 1890 zur Generalkommission der Gewerkschaften Deutschlands bereits 1892 237.000 und 1912 schon 2,6 Millionen Mitglieder hatten (13), wurden sie erst im Hilfsdienstgesetz vom 11. Mai 1916 (14) rechtlich anerkannt. Nach diesem Gesetz waren in bestimmten kriegs- und versorgungswichtigen Betrieben ständige Arbeiter- und Angestelltenausschüsse zu errichten. Eine Zusammenarbeit der Ausschüsse mit den Gewerkschaften war zwar nicht vorgesehen. Das Gesetz erkannte den Gewerkschaften jedoch ein Vorschlagsrecht für die Beisitzer in den Schlichtungsausschüssen zu. Eine Kollision gewerkschaftlicher mit den Zuständigkeiten dieser Ausschüsse war allerdings nicht denkbar. Die Ausschüsse hatten nämlich kaum mehr Rechte als "Anträge, Wünsche und Beschwerden der Arbeiterschaft, die sich auf die Betriebseinrichtungen, die Lohn- und sonstigen Arbeitsverhältnisse des Betriebes und seiner Wohlfahrtseinrichtungen beziehen, zur Kenntnis des Unternehmers zu bringen und sich darüber zu äußern", § 12 Abs.1 Satz 1 Hilfsdienstgesetz.

Obwohl bis zum Ende des Jahres 1918 schon 7.819 Tarifverträge bestanden, die in 107.503 Betrieben für 1.127.600 Arbeitnehmer galten (15), gab es kein gesetzliches Tarifrecht. Die Spitzenverbände der Arbeitgeber und Arbeitnehmer einigten sich erstmals im Abkommen über die Zentralarbeitsgemeinschaft vom 15. November 1918 über die Regelung von Arbeitsbedingungen durch Kollektivvereinbarungen (16). Dieses Abkommen, das bereits für bestimmte Betriebe die obligatorische Errichtung von Arbeiter- und Angestelltenausschüssen vorsah (17), wurde zum Vorbild für die folgenden Gesetze.

Als der Rat der Volksbeauftragten am 23. Dezember 1918 die Tarifvertragsverordnung (18) erließ, stützte er sich im wesentlichen auf die Vereinbarung vom 15. November 1918. Die danach in allen Betrieben mit mehr als 20 Arbeitern oder Angestellten zu wählenden Arbeiter- und Angestelltenausschüsse waren bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zur Zusammenarbeit mit den zuständigen Gewerkschaften verpflichtet. Soweit ihnen nach § 13 Abs.1 Satz 3 TVVO ein Mitwirkungsrecht bei der Regelung der "Löhne und sonstigen Arbeitsverhältnisse" eingeräumt war, hatte dies "im Einvernehmen mit den beteiligten wirtschaftlichen Vereinigungen der Arbeiter oder der Angestellten" zu geschehen. Der Arbeitgeber mußte Gewerkschaftsvertreter sogar als Verhandlungspartner anerkennen, wenn sie von dem Arbeiter- oder Angestelltenausschuß bevollmächtigt waren (§ 13 Abs.4 TVVO). Den Tarifparteien stand darüber hinaus das Recht zu, im Tarifvertrag die Zuständigkeit der Betriebsparteien zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen einzuschränken. Zwar wurde das in § 1 Abs.1 Satz 2 TVVO normierte Günstigkeitsprinzip nicht nur auf das Verhältnis von Tarifvertrag und Arbeitsvertrag, sondern auch im Verhältnis zur Betriebsvereinbarung angewandt (19). Die Tarifparteien konnten jedoch eine Änderung der tariflichen Arbeitsbedingungen zu Gunsten der Arbeitnehmer ausschließen und so die tariflichen Mindestarbeitsbedingungen zu Höchstarbeitsbedingungen umgestalten (20).

Bis zu diesem Zeitpunkt hatten die Gewerkschaften die anfangs unerwünschten, als Spaltung der Arbeiterbewegung empfundenen nicht gewerkschaftlichen Betriebsvertretungen in den Griff bekommen. Mit der Revolution von 1918 setzte jedoch eine neue Entwicklung ein, die im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung ebenfalls Spuren hinterlassen hat. Das revolutionäre Räte-system stellte in vielfältigen Variationen ein überparteiliches, gewerkschaftsunabhängiges Modell der Arbeiterselbstverwaltung dar (21). Die Gewerkschaften standen diesem politischen System schon wegen seiner tendenziell gewerkschaftsfeindlichen Haltung (22) ablehnend gegenüber (23). Unter dem Druck der revolutionären Entwicklung mußten sich die staatlichen Organe jedoch zu einer Neuordnung der Wirtschaftsverfassung bereitfinden. Deshalb hat Artikel 165 WV ein gesamtwirtschaftliches Räte-system vorgesehen, dessen unterste Stufe die Betriebsräte waren. Auf diesen sollten Bezirksarbeiterräte und ein Reichsarbeiterrat aufbauen. Die Räteverfassung ist aber als vollständiges System nicht installiert worden. Neben dem auf höchster Ebene gebildetem vorläufigen Reichswirt-

schaftsrat ist der Verfassungsauftrag lediglich auf der Betriebsebene durch den Erlaß des Betriebsrätegesetzes vom 4. Februar 1920 erfüllt worden.

II Das Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920

Das Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 ist überwiegend als Ausdruck des Sieges der Gewerkschaften und der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands über die Rätebewegung empfunden worden (24). Es enthielt bereits in § 8 BRG den Grundsatz, daß die "Befugnis der wirtschaftlichen Vereinigungen von Arbeitern und Angestellten, die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten", durch die Funktionen der Betriebsräte nicht berührt werden sollten. Die Arbeitsordnung und die sonstigen Dienstvorschriften durften darüber hinaus nur "im Rahmen der geltenden Tarifverträge" vereinbart werden, §§ 66 Nr. 5, 78 Nr. 3 BRG. Damit waren die Betriebsräte nach der damals herrschenden Auffassung in der inhaltlichen Gestaltung ihrer Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber an den Tarifvertrag gebunden. Sie konnten nur seine Lücken ausfüllen, ihn ergänzen, sich aber nicht über ihn hinwegsetzen oder ihm zuwiderhandeln (25). Die Regelung der "Löhne und sonstigen Arbeitsverhältnisse", bei der dem Betriebsrat kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht zustand, sollte nach § 78 Nr. 2 BRG "im Benehmen mit den beteiligten wirtschaftlichen Vereinigungen der Arbeitnehmer" und im übrigen nur erfolgen, "soweit eine tarifvertragliche Regelung nicht besteht". Mit diesen Vorschriften trug das Gesetz dem Willen der Gewerkschaftsführung Rechnung, die Betriebsräte "als gewerkschaftliche Vertrauensleute in den Betrieben" anzusehen, die "in engster Gemeinschaft mit den Gewerkschaften in den Betrieben wirken" (26) sollten. Flatow (27) konnte den Betriebsrat nicht zu Unrecht den "verlängerten Arm der Gewerkschaft im Betrieb" nennen. Fraenkel (28) sah seine Bedeutung darin, "daß im Rahmen des kollektiven Arbeitsrechts der Betriebsrat sich zur Gewerkschaft verhält wie im Staatsleben das Exekutivorgan zur Legislative".

Daß die Betriebsräte der Weimarer Republik keine selbständige Rolle gegenüber den Gewerkschaften spielen konnten, war sicher nicht nur "das soziale Meisterstück der deutschen Gewerkschaftsbewegung" (29). Denn die Räte waren auch damals rechtlich nicht den Gewerkschaften, sondern allein den Arbeitern und Angestellten des Betriebes verant-

wortlich. Nach § 78 Nr.2 BRG hatten sie zwar kein Mitbestimmungs-, aber doch ein Mitwirkungsrecht bei der Regelung von Lohnfragen. Allerdings ließ die wirtschaftliche Lage keine großen Differenzen zwischen Tarif- und Effektivlöhnen zu. Ein Spielraum für betriebliche Lohnpolitik konnte sich deshalb nicht entwickeln (30). Großflächige Tarifgebiete waren im übrigen eher die Ausnahme, so daß die Tarifverträge den Arbeitsbedingungen der einzelnen Betriebe besser gerecht werden konnten.

Die freiheitliche Entwicklung von Koalitionsrecht und Betriebsverfassung wurde durch die nationalsozialistische Diktatur unterbrochen und konnte erst nach dem Ende des 2. Weltkrieges weitergeführt werden (31).

III Das Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952

1. Entstehungsgeschichte

Nach dem Zusammenbruch 1945 erließen die Alliierten am 10. April 1946 das Kontrollratsgesetz Nr. 22 (32), das die Wahl von Betriebsräten wieder ermöglichte und deren im einzelnen nicht definierte Funktionen in Artikel VII an die "Zusammenarbeit mit den anerkannten Gewerkschaften" band. Diesen Grundsatz behielten auch die seit 1947 entstehenden Ländergesetze (33) bei. Soweit den Betriebsräten in diesen Gesetzen Mitwirkungsbefugnisse insbesondere bei der Regelung von Arbeitsbedingungen wie Lohn, Arbeitszeit und Urlaub zugewiesen waren, mußte der Abschluß von Betriebsvereinbarungen "in Zusammenarbeit mit den Gewerkschaften" (34) oder "unter Zuziehung der Vertreter der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände" (35) oder sogar "im Auftrag oder mit Zustimmung der zuständigen Gewerkschaft" (36) erfolgen.

Die Gewerkschaften selbst waren zunächst nicht daran interessiert, an die Vorkriegsentwicklung von Tarifautonomie und Betriebsverfassung anzuknüpfen. Sie wollten ihre Rolle in der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung grundsätzlich neu bestimmen und sich nicht auf die Regelung der Arbeitsbedingungen, insbesondere der Lohn- und Gehaltsfragen beschränken lassen. Betriebliche und überbetriebliche Mitbestimmung sollten in eine grundlegende Änderung der gesellschaftlichen Struktur eingebracht werden. In den Vorstellungen und Gesetzes-

vorschlägen des Deutschen Gewerkschaftsbundes "Zur Neuordnung der deutschen Wirtschaft" vom 14. April und 22. Mai 1950 (37) ist deshalb auch davon abgesehen worden, die Funktionen der Betriebsräte zu regeln. Gegenstand der Mitbestimmung auf der Betriebsebene sollten primär die Investitionen und die Preisgestaltung sein. Die betriebliche Mitbestimmung sollte eingebunden werden in die überbetriebliche Mitbestimmung von Bundes- und Landeswirtschaftsräten sowie von Wirtschaftskammern. Die Betriebsverfassung selbst sollte durch Tarifverträge fortentwickelt werden. Daß die Gewerkschaften die tarifvertragliche Regelung der gesetzlichen vorzogen, war wohl weniger darin begründet, daß ein Betriebsverfassungsgesetz als zu starr empfunden wurde (38), als in der Furcht, die Betriebsverfassung könne für die nicht organisierten Arbeitnehmer den Anreiz zum Gewerkschaftsbeittritt beseitigen (39).

Die Bundesregierung und die Fraktion der CDU/CSU legten jedoch nach dem Scheitern der Verhandlungen der Spitzenverbände der Arbeitnehmer und Arbeitgeber in Hattenheim und Maria-Laach (40) eigene Entwürfe eines Betriebsverfassungsgesetzes vor (41). Die Gewerkschaften erkannten, daß die Entstehung eines Betriebsverfassungsgesetzes auch unter Streikandrohung nicht zu verhindern war (42). Deshalb entschlossen sie sich zu konkreten gesetzlichen Änderungsvorschlägen (43). Im Entwurf des Arbeitskreises der Ausschüsse für Arbeit und Wirtschaftspolitik (44), der später Gesetz geworden ist, beanstandeten sie insbesondere die Trennung von Gewerkschaften und Betriebsräten. Nach ihrer Auffassung sollten die Betriebsvertretungen ihre Aufgaben in enger Zusammenarbeit mit den Gewerkschaften durchführen. Im Betrieb vertretene Gewerkschaften sollten das Recht haben, Betriebsratssitzungen zu beantragen und ohne Einladung daran teilzunehmen. Diese Vorstellungen ließen sich jedoch nicht durchsetzen (45). Der Betriebsrat wurde im Gesetz von 1952 erneut als gewerkschaftsunabhängiger Repräsentant der Belegschaft des Betriebes verfaßt, der nach § 49 Abs.1 BetrVG 1952 allerdings "im Rahmen der geltenden Tarifverträge" und "im Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen" mit dem Arbeitgeber zusammenarbeiten sollte. Dieses Gebot, das übrigens, soweit es um das Zusammenwirken zwischen Gewerkschaft und Betriebsrat ging, teilweise lediglich als programmatische Richtlinie angesehen wurde (46), ist jedoch nicht zu einem selbständigen Teilnahmerecht an einer Betriebsratssitzung konkretisiert worden (47).

Anders als in der Weimarer Republik erzeugte das damit erneut eingerichtete dualistische System von Tarifautonomie und Betriebsverfassung nunmehr jedoch Spannungen, als die ökonomische Entwicklung seit der zweiten Hälfte der 50iger Jahre Spielraum für eine eigenständige betriebliche Lohnpolitik eröffnete. Der Unterschied zwischen Tariflöhnen und effektiv gezahlten Einkommen wuchs in einzelnen Industriezweigen in Form von Zulagen, Prämien und direkten Lohnerhöhungen bis zu 30% (48) und drängte damit die von den Verbänden ausgehandelten Tarifverträge in den Hintergrund.

Diese Entwicklung machte auch die Grenzen legislatorischer Vorstellungen über die zugunsten der Tarifautonomie eingerichteten Schranken betriebsverfassungsrechtlicher Zuständigkeiten sichtbar. In vielen Fällen waren die Lohnvereinbarungen nämlich, sofern sie zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat als Betriebsvereinbarungen getroffen wurden, rechtlich unwirksam. Nach § 59 BetrVG 1952 waren Betriebsvereinbarungen über Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt wurden, nur zulässig, wenn ein Tarifvertrag ihren Abschluß ausdrücklich zuließ. Rechtsprechung und herrschende Meinung gestatteten den Betriebsparteien lediglich, durch Betriebsvereinbarung Tarifbedingungen mit Wirkung für die nicht organisierten Arbeitnehmer eines Betriebes zu übernehmen (49). Wegen ihrer Mißachtung in der betrieblichen Praxis (50) ist die Norm ihrer Funktion als Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Tarif- und Betriebsautonomie weitgehend nicht gerecht geworden. Dies galt jedoch lediglich im Bereich freiwilliger Betriebsvereinbarungen. Im Bereich der Mitbestimmung kam eine Kollision mit der tarifautonomen Regelungszuständigkeit aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen nicht in Betracht.

2. Prinzipien der Zuständigkeitsverteilung bei der betrieblichen Mitbestimmung

Der Schwerpunkt der betrieblichen Mitbestimmung lag damals wie im heutigen Recht bei der Mitbestimmung in den sozialen Angelegenheiten nach § 56 Abs.1 BetrVG 1952, auf den § 87 Abs.1 zurückgeht. Nach der Rechtsprechung und der von Siebert begründeten herrschenden Lehre, bezog sich die Mitbestimmung nur auf die formellen Arbeitsbedingungen oder, wie auch formuliert wurde, auf die formelle Seite der dort genannten Arbeitsbedingungen (51). Die Festlegung des Verhältnisses von

Leistung und Gegenleistung, insbesondere die lohnpolitische Entscheidung sollte der Mitbestimmung entzogen sein. Deshalb unterlagen materielle Arbeitsbedingungen oder die materielle Seite der in § 56 Abs.1 BetrVG 1952 genannten Angelegenheiten nicht der Zuständigkeit des Betriebsrats. Über die Begriffsinhalte der materiellen und formellen Arbeitsbedingungen bestand zwar keine vollständige Einigkeit. Überwiegend verstand man jedoch unter materiellen Arbeitsbedingungen solche Angelegenheiten, die in erster Linie Verhältnis und Umfang von Leistung und Gegenleistung im Arbeitsverhältnis zum Gegenstand haben. Formelle Arbeitsbedingungen sollten diejenigen Angelegenheiten sein, welche die Art der Erbringung der gegenseitigen Leistungen sowie die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb regelten (52). So erstreckte sich etwa das Mitbestimmungsrecht bei der Regelung von Akkordsätzen nach § 56 Abs.1g BetrVG 1952 lediglich auf den Zeitfaktor, nicht aber auf den Geldfaktor (53). Entsprechend bezog sich das Mitbestimmungsrecht nach § 56 Abs. 1a BetrVG 1952 bei Kurzarbeits- und Überstundenregelungen nicht auf die Frage der Einführung von Kurzarbeit und Überstunden, sondern lediglich auf die Verteilung auf die einzelnen Wochentage (54).

Eine Überschneidung tariflicher Regelungszuständigkeiten und betrieblicher Mitbestimmung kam somit begrifflich nur im Bereich derjenigen Angelegenheiten in Betracht, die sich mit der Ordnung des Betriebes und dem Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigten. Da diese formellen Arbeitsbedingungen tariflich zumindest durch die üblichen großräumigen Verbandstarifverträge nicht geregelt werden konnten, hatte sich in der Praxis ein Nebeneinander von Tarifzuständigkeit und betrieblicher Mitbestimmung herausgebildet. Die Mitbestimmung beschränkte sich auf die formellen Arbeitsbedingungen, der Tarifvertrag regelte überwiegend die materiellen Angelegenheiten.

Der Lehre von den materiellen und formellen Arbeitsbedingungen liegt eine bestimmte, aus der Geschichte der Betriebsverfassung (55) und der Tarifpolitik der Aufbauphase der Bundesrepublik begründete Auffassung des funktionalen Verhältnisses von Tarifautonomie und Mitbestimmung zugrunde: Dem Tarifvertrag werden die materiellen Arbeitsbedingungen, insbesondere die Regelung von Arbeitsentgelt, Arbeitszeit und Urlaub zugeordnet. Aufgabe der Betriebsverfassung, insbesondere der Mitbestimmung, ist die Regelung der betrieblichen Ordnung und der Modalitäten der gegenseitigen Leistungspflichten. Aktivitäten im

nicht zugeordneten Bereich werden als Störung des Ordnungskonzepts empfunden. Deshalb werden der Mitbestimmung materielle Arbeitsbedingungen unmittelbar vorenthalten. Der Tarifvertrag kann zwar angesichts der Kompetenz zur Regelung betrieblicher Fragen nach § 1 Abs.1 TVG nicht auf die materiellen Arbeitsbedingungen beschränkt werden. Seine Wirkung wird in diesem Bereich jedoch mittelbar durch eine Auslegung des § 59 BetrVG 1952 eingeschränkt, welche die formellen Arbeitsbedingungen von der Sperrwirkung der Vorschrift ausnimmt.

Es kommt heute nicht mehr darauf an, ob die Lehre von den formellen und materiellen Angelegenheiten dem Gesetz von 1952 entsprochen hat. Es ist jedoch zu prüfen, inwieweit die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Tarifautonomie und betrieblicher Selbstverwaltung, besonders im Rahmen der Mitbestimmung, wie sie die Lehre von den formellen und materiellen Arbeitsbedingungen vorgenommen hat, dem Gesetz von 1972 entspricht. Der Gesetzgeber hat nämlich die Mitbestimmung zumindest in Teilbereichen unübersehbar auf materielle Arbeitsbedingungen erstreckt und dies etwa durch Nennung der Geldfaktoren der Akkord- und Prämiensätze sowie anderer leistungsbezogener Entgelte im Tatbestand des § 87 Abs.1 Nr.11 deutlich gemacht. Damit hat er das ordnungspolitische Konzept einer gegenständlichen Abgrenzung von Tarifautonomie und Betriebsverfassung verlassen und der betrieblichen Mitbestimmung Gegenstände zugewiesen, die bisher zum Kernbereich der materiellen Arbeitsbedingungen gerechnet wurden (56).

Fraglich ist jedoch, ob das Gesetz von 1972 die Unterscheidung verschiedener Arbeitsbedingungen bei der Mitbestimmung grundsätzlich aufgegeben hat oder ob Mitbestimmungsrechte in materiellen Angelegenheiten als Ausnahmen eines im übrigen beibehaltenen Grundsatzes anzusehen sind. Zugleich soll die Erörterung Aufschluß über den Umfang der Mitbestimmung in materiellen Arbeitsbedingungen geben, um den Bereich abzustecken, in dem betriebliche Mitbestimmung im Zentrum herkömmlicher Tariftätigkeit stattfindet. Da die Betriebsverfassung neben der Mitbestimmung auch die freiwillige Regelung von Arbeitsbedingungen zuläßt, ist die Frage nach immanenten Schranken betrieblicher Regelungsbefugnis auch für die Zuständigkeit der Betriebsparteien zum Abschluß freiwilliger Vereinbarungen zu stellen.

C Die Zuständigkeit der Betriebsparteien zur Regelung der Arbeitsbedingungen

Ob Betriebsrat und Arbeitgeber durch die Regelung von Arbeitsbedingungen auf betrieblicher Ebene in die Kompetenzen der Tarifparteien eingreifen können, wie sie § 1 Abs.1 TVG vorsieht, hängt einerseits vom Umfang der betrieblichen Regelungskompetenz und andererseits von der Intensität der dem Betriebsrat eingeräumten Beteiligungsrechte ab. Beteiligung wird hier mit der überwiegenden Meinung als Oberbegriff für sämtliche Rechte des Betriebsrats im Betriebsverfassungsgesetz verwandt (1). Innerhalb der Beteiligungsrechte wird nach Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten unterschieden (2). Mitbestimmung ist die stärkste Form der Beteiligung. Sie liegt vor, wenn der Arbeitgeber eine Maßnahme nur mit Zustimmung des Betriebsrats treffen kann und der Betriebsrat seinerseits, von Ausnahme abgesehen (3), auch eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber erzwingen kann (4). Im Streitfall entscheidet überwiegend die Einigungsstelle, z.B. nach §§ 87 Abs.2, 91 Satz 2, 94 Abs.1 Satz 2, 95 Abs.1 Satz 2, 98 Abs.4, zum Teil jedoch auch das Arbeitsgericht, etwa nach §§ 98 Abs.5, 99 Abs.4, 102 Abs.5, 103 Abs.2 und 104. Soweit eine Vereinbarung nicht erzwungen werden kann, der Arbeitgeber vielmehr, evtl. nach vorheriger Unterrichtung oder Anhörung des Betriebsrats allein entscheiden kann, handelt es sich um Mitwirkung.

Da im Mitbestimmungsbereich Einigungszwang besteht, kann hier auf betrieblicher Ebene am intensivsten in tarifautonome Kompetenzen eingegriffen werden.

I Mitbestimmung in materiellen Arbeitsbedingungen

1. "Abschied" von den materiellen und formellen Arbeitsbedingungen?

Der Schwerpunkt der betrieblichen Mitbestimmung liegt nicht im Bereich derjenigen Angelegenheiten, die das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im Arbeitsverhältnis zum Gegenstand haben, sondern, wie bereits eine oberflächliche Durchsicht der Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs.1 zeigt, eher im Bereich der Fragen, die sich mit der betrieblichen Organisation beschäftigen. Der Gesetzgeber hat dies dadurch zum Ausdruck gebracht, daß er die Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb wegen ihrer "grund-

legenden Bedeutung" (5) an die Spitze des Katalogs gestellt hat. Mitbestimmung im Bereich der betrieblichen Organisation ist überwiegend von den Besonderheiten des einzelnen Betriebes abhängig. Diese Arbeitsbedingungen sind zumindest einer verbandstariflichen Regelung, die über Grundsätzliches hinausgeht, kaum zugänglich.

Greift jedoch die Mitbestimmung in den Bereich ein, der regelmäßig durch Tarifverträge abgedeckt wird, insbesondere in Arbeitsentgelt- und Arbeitszeitfragen, stehen originäre Interessen der Tarifparteien in Frage. Ein solcher Eingriff in tarifliche Zuständigkeiten kommt namentlich nach § 87 Abs. 1 Nr. 11 in Betracht, der Mitbestimmung bei der Festsetzung der Akkord- und Prämiensätze sowie vergleichbarer leistungsbezogener Entgelte. Denn hier werden die Geldfaktoren vom Gesetz ausdrücklich erwähnt. Ist dadurch die Zuständigkeitsbeschränkung auf formelle Arbeitsbedingungen, die auch als Abgrenzungskriterium zur Tarifautonomie gegolten hat, im gesamten Bereich der Mitbestimmung gefallen? Hat der Gesetzgeber dem Wunsch Herschels nach "Abschied von den materiellen und formellen Arbeitsbedingungen" (6) endgültig Rechnung getragen?

a) Meinungsstand

Das Bundesarbeitsgericht hat zunächst nur für einzelne Tatbestände, später jedoch grundsätzlich entschieden, daß die Unterscheidung formeller und materieller Arbeitsbedingungen für die Mitbestimmung keine Bedeutung mehr hat. Nach seiner Ansicht ist jeder einzelne Tatbestand hinsichtlich der Grenzen der Mitbestimmung aus sich selbst heraus anzulegen. In der Literatur wird diese Auffassung inzwischen überwiegend geteilt (8). Nach anderer Ansicht ist das Gesetz grundsätzlich bei der Beschränkung der Mitbestimmung auf die formellen Arbeitsbedingungen geblieben und hat die Mitbestimmung nur ausnahmsweise auf materielle Arbeitsbedingungen erstreckt, und zwar nur dort, wo der Gesetzgeber einen engen Sachzusammenhang zwischen formellen und materiellen Arbeitsbedingungen gesehen hat (9).

b) Gesetzgebungsverfahren

In den Materialien sind ausdrückliche Stellungnahme zu grundsätzlichen gegenständlichen Grenzen der Mitbestimmung nicht enthalten. Obwohl dem Gesetzgeber die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts zur Ausle-

gung der Mitbestimmungstatbestände in sozialen Angelegenheiten bekannt gewesen sein dürfte, hat er sich lediglich in sehr vorsichtigen Formulierungen zu einzelnen Tatbeständen geäußert. Eindeutig ist die Stellungnahme lediglich in der Begründung des Regierungsentwurfs zum Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs.1 Nr. 11. Dort wird ausdrücklich hervorgehoben, daß sich die Mitbestimmung auf sämtliche Bezugsgrößen bei der Berechnung der leistungsbezogenen Entgelte einschließlich der Geldfaktoren erstreckt (10). Nach § 87 Abs.1 Nr. 10 soll sich zwar das Mitbestimmungsrecht "auf alle Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, soweit es sich um die Festlegung allgemeiner Regelungen in diesem Bereich handelt", beziehen und "ein umfassendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in diesem Bereich" sicherstellen (11). Ein Hinweis auf die materiellen Arbeitsbedingungen fehlt jedoch. Da der Tatbestand aber ausdrücklich "über das geltende Recht hinaus" gehen sollte (12), kann er durchaus als Rezeption betrieblicher Lohnsysteme, die dem Gesetzgeber kaum unbekannt gewesen sind, in die betriebliche Mitbestimmung angesehen werden. Allerdings fehlt bei der Begründung der Hinweis auf den Vorrang tariflicher Regelungen, den der Regierungsentwurf bei der Begründung zu § 87 Abs.1 Nr.11 offenbar für notwendig gehalten hat. Dieser Hinweis wäre jedoch bei dem erheblich weiteren Tatbestand des § 87 Abs.1 Nr. 10 wohl ebenso sinnvoll gewesen.

Während der Gesetzgeber bei der Begründung dieser beiden Mitbestimmungsrechte jedenfalls zu erkennen gegeben hat, daß er die entsprechenden Tatbestände des Gesetzes von 1952 erweitern wollte, fehlt ein solcher Hinweis bei der Begründung zu § 87 Abs.1 Nr. 3. Dort wird vielmehr festgestellt, die Mitbestimmung bei der vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit sei "an sich inhaltlich bereits von § 56 Abs.1 Buchstabe a" BetrVG erfaßt gewesen (13), obwohl jedenfalls nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der herrschenden Meinung die Frage, ob Kurzarbeit oder Überstunden anzusetzen waren, gerade nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen sollte (14).

Betrachtet man die Äußerung der Gesetzgebungsorgane zum Umfang der Mitbestimmung im Zusammenhang, so läßt sich lediglich feststellen, daß grundsätzliche Stellungnahmen soweit wie möglich vermieden worden sind und offenbar der Klärung der auftretenden Fragen durch die betrieblich Praxis und die Rechtsprechung nicht vorgegriffen werden

sollte.

Bei der Frage, ob die Zuständigkeit des Betriebsrats im Mitbestimmungsbereich grundsätzlich auf die formellen Arbeitsbedingungen beschränkt sein soll, so daß Mitbestimmungsrechte in materiellen Arbeitsbedingungen als Ausnahme dieses allgemeinen Grundsatzes erscheinen, oder ob der Grundsatz selbst weggefallen ist, soll zunächst geklärt werden, in welchen Angelegenheiten das Betriebsverfassungsgesetz dem Betriebsrat überhaupt Mitbestimmungsrechte in materiellen Arbeitsbedingungen einräumt. Die wichtigste materielle Arbeitsbedingung ist das Arbeitsentgelt.

2. Mitbestimmung beim Arbeitsentgelt

Arbeitsentgelt ist die Vergütung des Arbeitgebers für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers gemäß § 611 BGB. Nach dem vom Bundesarbeitsgericht vertretenen weiten Lohnbegriff gehört zum Arbeitsentgelt nicht nur das vom Arbeitgeber zur unmittelbaren Abgeltung einer zeitlich bestimmbar Arbeitsleistung Erbrachte, sondern alle vermögenswerten Arbeitgeberleistungen wie die Schaffung von Sozialleistungen, die Bereitstellung von Wohnraum oder von Dienstwagen für die private Nutzung, die Zahlung von Prämien für Verbesserungsvorschläge und Arbeitgeberdarlehen (15).

Bei der Vergütung in Geld wird zwischen Zeit- und Leistungslohn unterschieden. Die Erstreckung der Mitbestimmung auf materielle Lohnbestandteile wird beim Leistungslohn nach § 87 Abs.1 Nr. 11 am deutlichsten.

a) Leistungsbezogene Entgelte

Unter leistungsbezogenen Entgelten werden alle Entgeltungsformen verstanden, bei denen eine unmittelbare Beziehung zwischen Leistung und Entgelt besteht (16). Nach § 87 Abs.1 Nr. 11 hat der Betriebsrat bei der Festsetzung aller Arten leistungsbezogener Entgelte mitzubestimmen. Als wichtigste Entgeltungsformen nennt das Gesetz den Akkord- und den Prämienlohn (17).

Rechtsprechung und herrschende Meinung zu § 56 Abs.1 Buchstabe g

BetrVG 1952 hatten das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Regelung von Akkord- und Stücklohnsätzen auf die formelle Seite dieser Entgelte beschränkt (18). Die "Lohnfestsetzung im Sinne des Aushandelns von Löhnen" sollte der Mitbestimmung entzogen sein, die sich lediglich "auf das Finden des tarifgerechten Lohnes für den einzelnen Arbeitsplatz", nicht aber auf dessen Abänderung nach oben oder unten erstrecken sollte (19). Das bedeutete etwa für die Mitbestimmung beim Zeitakkord die notwendige Beteiligung des Betriebsrats nur beim Zeit-, nicht aber beim Geldfaktor (20).

Nunmehr hat der Gesetzgeber nach der Begründung des Regierungsentwurfs (21) klargestellt, "daß sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auf die Festlegung aller Bezugsgrößen erstreckt, die für die Ermittlung und Berechnung der leistungsbezogenen Entgelte von Bedeutung sind." Die Abkehr von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird dadurch zum Ausdruck gebracht, daß das Mitbestimmungsrecht ausdrücklich auf die Geldfaktoren erstreckt wird. Im Rahmen der leistungsbezogenen Entgelte ist auch die Entscheidung über die Lohnhöhe Bestandteil der Mitbestimmung.

Ob also eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit den Bereich der Tarifaufonomie berührt, ist nicht mehr im Rahmen des Mitbestimmungstatbestandes anhand abstrakter Kriterien, insbesondere der Unterscheidung materieller und formeller Arbeitsbedingungen zu entscheiden, sondern konkret anhand eines bestehenden Tarifvertrages im Sinne der Eingangsworte des § 87 Abs.1.

Das Bundesarbeitsgericht und ein Teil des Schrifttums haben anerkannt, daß im Wege der Mitbestimmung nach § 87 Abs.1 Nr. 11 grundsätzlich auch betriebliche Lohnpolitik betrieben werden kann (22). Andere Stimmen in der Literatur (23) und teilweise auch in der Rechtsprechung (24) vertreten jedoch die Ansicht, Sinn und Zweck der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 11 sei lediglich, die Richtigkeit des Akkords zu gewährleisten. Der Betriebsrat habe bei der "Lohnfindung unter dem Gesichtspunkt der Lohngerechtigkeit" (25) mitzubestimmen, die Festlegung der Lohnhöhe sei seinem Einfluß entzogen.

Selbst wenn sich dieser Formel Kontur geben ließe, könnten dem Ge-

setz solche Einschränkungen nicht entnommen werden. Die fast wortgetreue Übernahme der Terminologie der Rechtsprechung zum § 56 Abs.1 lit. g BetrVG 1952 (26) verrät vielmehr, daß diese Ansicht sich eher am Gesetz von 1952 als am neuen Recht orientiert (27). Das Bundesarbeitsgericht hat sich in seiner Provisionsentscheidung (28) von diesen Ansichten nicht irritieren lassen und entschieden, daß sich das Mitbestimmungsrecht auf sämtliche Provisionsarten und auf sämtliche Bezugsgrößen erstreckt.

Was für die Provision gilt, muß auch für den Akkord gelten. Das Mitbestimmungsrecht beim Akkord erstreckt sich deshalb zunächst auf die Festsetzung des Stundenlohns bei Normalleistung, den Akkordrichtsatz (29). Der Akkordrichtsatz ist zwar in aller Regel tariflich festgelegt; ob aber ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht, ist nicht eine abstrakte Frage der Auslegung des § 87 Abs.1 Nr.11, sondern eine konkrete Frage des Tarifvorbehalts im Eingangssatz der Vorschrift und evtl. - wie zu erörtern sein wird (30) - des § 77 Abs.3. Soweit der Tarifvorbehalt nicht entgegensteht, kann der Betriebsrat deshalb vom Arbeitgeber auch die Erhöhung des Akkordrichtsatzes verlangen (31). Beim Geldakkord ist der Betriebsrat dann bei der Festlegung des Entgelts für das einzelne Stück unter Zugrundelegung des Akkordrichtsatzes zu beteiligen. Beim Zeitakkord bezieht sich die Mitbestimmung sowohl auf den Zeitfaktor, also die Ermittlung der vorgegebenen Zeit für einen Arbeitsgang, wie auf den Geldfaktor, die Festlegung des pro Minute zu zahlenden Entgelts (32).

Die Ansicht, die den Akkordrichtsatz mit dem Hinweis von der Mitbestimmung ausnehmen will, dieser sei im Gesetz nicht genannt (33), verkennt den Zusammenhang zwischen Geldfaktor und Akkordrichtsatz. Der tatsächliche Verdienst eines Akkordarbeiters ergibt sich aus einer Multiplikation der Vorgabezeit, also des Zeitfaktors, mit dem Geldfaktor und der Zahl der hergestellten Leistungseinheiten. Jede Änderung des Geldfaktors schlägt deshalb auf den tariflich vereinbarten Stundenlohn bei Normalleistung durch, sofern die anderen Faktoren gleich bleiben. Es ist deshalb unerheblich, ob man dem Betriebsrat die Zuständigkeit zur Erhöhung des Geldfaktors und damit zur mittelbaren Erhöhung des Akkordrichtsatzes einräumt oder ob man ihm unmittelbar den Zugriff auf den Akkordrichtsatz eröffnet.

b) Zeitlohn

Der Zeitlohn ist in keinem Mitbestimmungstatbestand ausdrücklich genannt. Er könnte allein nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 der Mitbestimmung unterliegen, da diese Norm sich ihrem Wortlaut nach auf alle Fragen der betrieblichen Lohngestaltung bezieht. Ausdrücklich nennt das Gesetz jedoch nur die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und die Einführung und Anwendung neuer Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung. Unter Entlohnungsgrundsätzen versteht man die Prinzipien, nach denen im Betrieb das Arbeitsentgelt bemessen wird (34), z.B. Akkordlohn, Zeitlohn oder Prämienlohn. Entlohnungsmethode ist der engere Begriff für die Art und Weise, wie der gewählte Grundsatz durchgeführt wird (35). Nach der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre beinhaltet die Mitbestimmung bei der betrieblichen Lohngestaltung nur die Festlegung abstrakt-genereller Grundsätze der Lohnfindung, nicht aber die Festlegung der individuellen Lohn- und Gehaltshöhe. Die Mitbestimmung nach diesem Tatbestand soll sich nicht auf die Lohnhöhe beziehen. Vielmehr soll der Arbeitgeber die Entscheidung über die Höhe der bereitzustellenden Mittel allein treffen, während der Betriebsrat mitzubestimmen hat, wie das Geld unter Berücksichtigung des ebenfalls vom Arbeitgeber bestimmten Zuwendungszwecks und des begünstigten Adressatenkreises verteilt wird (36).

Das Bundesarbeitsgericht hat seine Ansicht mit einem Vergleich zu § 87 Abs.1 Nr. 11 gerechtfertigt. Da dort die Festsetzung der Geldfaktoren ausdrücklich erwähnt sei, unterliege auch die Lohnhöhe der Mitbestimmung des Betriebsrats. Diese Regelung sei aber überflüssig, wenn die Höhe der Entlohnung grundsätzlich bereits nach § 87 Abs.1 Nr. 10 mitbestimmungspflichtig sei (37). Ob gegen diesen Umkehrschluß zu Recht eingewandt werden kann, eine Ausklammerung zeitbezogener Entgelte sei systemwidrig, dem Betriebsrat stehe deshalb ein umfassendes Mitbestimmungsrecht über die lohnpolitischen Entscheidungen im Rahmen des § 87 Abs.1 Nr. 10 und damit über die Höhe des Zeitlohnes zu (38), kann hier nicht erörtert werden. Im Hinblick auf das Problem der gegenständlichen Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Mitbestimmung und Tarifautonomie muß aber gefragt werden, ob sich Mitbestimmungs- und mitbestimmungsfreie Bereiche im Rahmen des § 87 Abs.1 Nr. 10 anhand der Unterscheidung materieller und formeller Angelegenheiten voneinander trennen lassen. Dies ist jedoch auch dann weder sinnvoll noch erforderlich, wenn man sich der Rechtsprechung

und der überwiegenden Lehre anschließt. Am Beispiel des Übergangs vom Zeit- zum Akkord- oder Prämienlohn, der als Änderung eines betrieblichen Entlohnungsgrundsatzes der Mitbestimmung und damit nach herrschender Meinung auch dem Initiativrecht des Betriebsrats unterliegt (39), wird das deutlich.

Für die Arbeitnehmer des Betriebes stellt sich die Frage, ob sie durch erhöhten Einsatz ihrer Arbeitskraft im Wege leistungsbezogener Entlohnung ein individuell höheres Arbeitseinkommen erreichen können als bei zeitbezogener Entlohnung, in erster Linie unter lohn- und arbeitszeitpolitischen Gesichtspunkten. Für den Arbeitgeber kann jeder Übergang vom Zeit- zum Leistungslohn mit erhöhten Leistungen verbunden sein (40). Jede Regelung der betrieblichen Lohngestaltung kann grundsätzlich eine Entscheidung über die Lohnhöhe enthalten. Dies hat das Bundesarbeitsgericht bereits mit Beschluß vom 2. Dezember 1960 (41) anerkannt, allerdings hinzugefügt, daß diese Frage nicht zur "eigentlichen Lohnpolitik" gehöre, da Zeitlöhne und Akkordgrundsätze im allgemeinen tarifvertraglich geregelt seien. Diese Einschränkung ist jedoch unzutreffend, da sie sich nicht aus dem Mitbestimmungstatbestand als solchem, sondern nur aus dem Tarifvorbehalt ergibt. Während beim Übergang vom Zeit- zum Akkordlohn die weiteren Einzelheiten im Rahmen des § 87 Abs.1 Nr.11 geregelt werden, der ja ohnehin die Möglichkeit eröffnet, über die Lohnhöhe mitzubestimmen, ist beim Übergang vom Leistungs- zum Zeitlohn auch im Rahmen des § 87 Abs.1 Nr. 10 eine Einbeziehung der Entscheidung über die Lohnhöhe unvermeidlich. Da in diesem Fall das Mitbestimmungsrecht nicht durch einen anderen Mitbestimmungstatbestand ergänzt wird, kann die Mitbestimmung sich nicht nur allein auf den Umstand beziehen, daß Zeitlohn gezahlt wird. Vielmehr ist die Vereinbarung eines bestimmten Zeitlohnes mitbestimmungspflichtig. Nur wenn ein bestimmtes Entgelt für eine konkrete Zeiteinheit gefordert wird, kann die Einigungsstelle im Streitfall entscheiden, ob eine Forderung von Betriebsrat oder Arbeitgeber auf Übergang von der Zahlung leistungsbezogenen Entgelts zum Zeitlohn die Belange des Betriebes und der betroffenen Arbeitnehmer angemessen berücksichtigt, § 76 Abs.5 Satz 5 Satz 3. Da es einen Zeitlohn, der einem Leistungslohn entspricht, mangels vergleichbarer Bezugspunkte nicht gibt, sind mit einer Änderung des betrieblichen Entlohnungsgrundsatzes Lohneinbußen oder Lohnerhöhungen auf der Arbeitnehmerseite sowie erhöhter oder ermäßigter Kapitaleinsatz auf der Arbeitgeberseite verbunden.

Grundsätzlich kann sich somit auch die Mitbestimmung im Rahmen des § 87 Abs.1 Nr. 10 auf die materiellen Angelegenheiten beziehen. Das ist weiterhin in Bereichen anerkannt, die nicht das unmittelbare Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung betreffen.

c) Arbeitsentgelt im weiteren Sinne

Nach dem weiten Lohnbegriff gehören zum Arbeitsentgelt im Sinne des § 87 Abs.1 Nr. 10 nicht nur Lohn und Gehalt, sondern sämtliche Leistungen des Arbeitgebers, die dieser im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis erbringt (42). Deshalb ist auch eine betriebliche Altersversorgung, die nicht in Form einer Sozialeinrichtung nach § 87 Abs.1 Nr. 8 erfolgt, eine Frage der betrieblichen Lohngestaltung nach § 87 Abs.1 Nr. 10 (43). Dasselbe gilt für die Gewährung zinsgünstiger Darlehen an Arbeitnehmer, die grundsätzlich ebenfalls der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr.10 unterliegen (44) und für die Zurverfügungstellung von Werkmietwohnungen durch den Arbeitgeber. Im letzteren Falle ist der Betriebsrat nach § 87 Abs.1 Nr.9 auch bei der allgemeinen Festlegung der Grundsätze über die Mietzinsbildung zu beteiligen (45). In allen diesen Fällen hat das Bundesarbeitsgericht bei der Abgrenzung von Mitbestimmung und mitbestimmungsfreiem Bereich auf die Unterscheidung materieller und formeller Arbeitsbedingungen verzichtet und ausgeführt, daß jeder einzelne Mitbestimmungstatbestand hinsichtlich der Grenzen des Mitbestimmungsrechts aus sich selbst heraus auszulegen sei (46). Der dabei angewandte Grundsatz, daß der Arbeitgeber die Entscheidung über die Höhe der bereitzustellenden Mittel allein trifft und der Betriebsrat nur mitzubestimmen hat, wie das Geld unter Berücksichtigung des ebenfalls vom Arbeitgeber bestimmten Zweckes und des begünstigten Adressatenkreises verteilt wird (47), erinnert zwar an die überkommene Unterscheidung materieller und formeller Arbeitsbedingungen. Er enthält jedoch keine gegenständliche Zuständigkeitsabgrenzung. Das wird bei der Frage nach dem Umfang der Mitbestimmung bei der Einführung der bargeldlosen Lohnzahlung deutlich.

Im alten Recht ist die Einführung der bargeldlosen Entlohnung als formeller Mitbestimmungstatbestand nach § 56 Abs.1 b BetrVG 1952 angesehen worden (48). Da damals die Kontoführung der Kreditinstitute bei den Gehaltskonten weitgehend gebührenfrei war, bestanden gegen diese Auffassung aus damaliger Sicht auch keine Bedenken. Heute ist

mit der bargeldlosen Zahlung der Arbeitsentgelte jedoch die Frage verknüpft, wer für die Kosten der Kontoführung aufkommen muß. Obwohl es sich dabei um eine materielle Arbeitsbedingung handelt, hat das Bundesarbeitsgericht darin kein Hindernis für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gesehen und entschieden, daß diese Frage der Mitbestimmung unterliegt, weil sie untrennbar mit der Einführung der bargeldlosen Lohnzahlung verbunden ist. Wenn die Betriebsparteien sie nämlich nicht ausdrücklich regeln, haben die Arbeitnehmer die anfallenden Kosten aufgrund der Verträge mit ihren Geldinstituten zu tragen (49). Dem Arbeitgeber können auf diesem Wege also durchaus erhöhte Leistungen auferlegt werden. Das gilt erst recht, wenn man die Mitbestimmung auch auf die weitere Frage erstreckt, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmern anlässlich der Einführung der bargeldlosen Lohnzahlung Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts gewähren muß, um das Geldinstitut aufzusuchen, oder zumindest die Wegekosten erstatten muß (50). Folgt man der Rechtsprechung, wird man diese Fragen kaum verneinen können (51).

Zusammenfassend läßt sich insoweit sagen, daß für den gesamten Bereich der Mitbestimmung über das Arbeitsentgelt im weitesten Sinne die Unterscheidung materieller und formeller Arbeitsbedingungen keine Rolle mehr spielt. Da es sich beim Arbeitsentgelt um die wichtigste materielle Arbeitsbedingung handelt, spricht schon viel dafür, daß die Abgrenzung von Mitbestimmung und mitbestimmungsfreier Zone anhand der Unterscheidung verschiedener Arbeitsbedingungen vollständig bedeutungslos geworden ist. Ein weiterer Beleg für die Richtigkeit dieser Ansicht ist die Mitbestimmung bei der Arbeitszeit.

3. Mitbestimmung bei Kurzarbeit und Überstunden

Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Festlegung der Arbeitszeit ist in § 87 Abs.1 Nr. 2 und 3 geregelt. Die vorübergehende Verkürzung und Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit unterliegt der Mitbestimmung nach § 87 Abs.1 Nr.3.

Entgegen der in der Begründung zum Regierungsentwurf vertretenen Auffassung, die vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit sei bereits von § 56 Abs.1a BetrVG 1952 erfaßt gewesen (52), hatte sich nach Rechtsprechung und herrschender Meinung die Mitbestimmung nicht auf die Dauer der Arbeitszeit als einer materiellen Arbeitsbedingung erstreckt (53). Mitbestimmungs-

frei war damals die Frage der Einführung von Kurzarbeit oder Überstunden, der Mitbestimmung unterlag allein die Verteilung der Verkürzung oder Verlängerung auf die einzelnen Arbeitstage. Diese Auffassung hat das Gesetz aufgegeben. Die Mitbestimmung erstreckt sich im Rahmen dieser Vorschrift auf die Dauer der Arbeitszeit (54).

Nach der Rechtsprechung und der überwiegenden Ansicht in der Literatur unterliegt die Dauer der Arbeitszeit darüber hinaus nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs.1 Nr.2 (55). Zur Begründung dieser Auffassung bedarf es jedoch keines Hinweises auf den Umstand, daß die Dauer der Arbeitszeit zu den wichtigsten materiellen Arbeitsbedingungen gehört (56). Das Bundesarbeitsgericht hat sie vielmehr auch hier unter Verzicht auf abstrakte Abgrenzungskriterien durch Auslegung der Mitbestimmungstatbestände selbst begründet (57).

Ebenso wie im Entgeltbereich spielt also auch bei der Arbeitszeit die Unterscheidung materieller und formeller Arbeitsbedingungen zur Abgrenzung mitbestimmungspflichtiger und mitbestimmungsfreier Tatbestände keine Rolle mehr.

Betriebliche Mitbestimmung, die sich auf materielle Arbeitsbedingungen bezieht, ist jedoch nicht nur auf die Angelegenheiten des § 87 Abs.1 beschränkt. Es finden sich vielmehr auch in den Abschnitten über die personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten Mitbestimmungstatbestände, die unmittelbar einkommenswirksame Regelungen treffen. Das gilt besonders für die Mitbestimmung beim Sozialplan und beim Ausgleich besonderer Belastungen.

4. Sonstige Mitbestimmungsrechte in materiellen Arbeitsbedingungen

a) Sozialplan

Entstehen für die Arbeitnehmer eines Betriebes infolge einer der in § 111 Satz 2 definierten Betriebsänderungen wirtschaftliche Nachteile, so müssen sich Arbeitgeber und Betriebsrat über den Ausgleich oder die Milderung dieser Nachteile im Sozialplan einigen, der die Wirkung einer Betriebsvereinbarung hat, § 112 Abs.1 Satz 2. Als typische Regelungen kommen in Betracht die Zahlung von Abfindungen an entlassene Arbeitnehmer, Übergangsbeihilfen bei Arbeitslosigkeit und Ausgleichsbeiträge für infolge der Entlassung verhinderte Ren-

tenansprüche (58). Da der Sozialplan die vermögenswerten Nachteile einer geplanten oder bereits durchgeführten Maßnahme des Arbeitgebers ausgleichen soll (59), betreffen seine Regelungen im wesentlichen das Arbeitsentgelt im weiteren Sinne, also materielle Arbeitsbedingungen. Dieser Eingriff der betrieblichen Mitbestimmung in den Lohnbereich war dem Gesetzgeber so wichtig, daß er nach § 112 Abs.1 Satz 4 die Anwendung des § 77 Abs.3 auf den Sozialplan ausgeschlossen hat, obwohl sich auch die Tarifparteien durch Rationalisierungs-schutzabkommen dieser Probleme angenommen hatten (60).

b) Ausgleich besonderer Belastungen

Nach § 91 kann der Betriebsrat, wenn die Arbeitnehmer durch Änderungen der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsumgebung, die den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit offensichtlich widersprechen, in besonderer Weise belastet werden, nicht nur Maßnahmen zur Abwendung oder Milderung, sondern auch zum Ausgleich der Belastung verlangen. In diesem Rahmen kann zunächst die Ausführung der Arbeit erleichtert werden, etwa durch die Bereitstellung von Getränken bei Hitzearbeit, von Körperschutzmitteln oder besonderer Bekleidung, aber auch durch Verkürzung der Arbeitszeit, Zusatzurlaub und zusätzliche Pausen (61). Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich damit auch auf die Dauer der Arbeitszeit und des Urlaubs. Ob darüberhinaus auch Lohnzuschläge, in Form von Erschwerniszulagen, durch den Betriebsrat erzwungen werden können, ist streitig (62). Den Gegnern von Lohnzuschlägen ist zwar einzuräumen, daß nach dem Schutzzweck der Mitbestimmung, die den Arbeitnehmern eine menschengerechte Gestaltung der Arbeit sichern soll, in erster Linie an die Beseitigung des belastenden Zustandes gedacht ist. Der Gesetzgeber hat Ausgleichsmaßnahmen nur für den Fall im Auge gehabt, daß "eine Abänderung technisch nicht möglich oder wirtschaftlich nicht vertretbar ist" (63). Der Wortlaut des Gesetzes nennt deshalb die Maßnahmen zur Abwendung und Milderung auch vor dem Ausgleich der Belastung. Selbst wenn danach aber Lohnzulagen nur als ultima ratio in Betracht kommen, können sie in geeigneten Fällen durchaus zulässig sein, etwa für den Zeitraum bis zu einer beabsichtigten Beseitigung oder Milderung des beanstandeten Zustands der Arbeitsplätze.

Der kurze Überblick zeigt, daß Mitbestimmungsrechte in materiellen Arbeitsbedingungen über das gesamte Betriebsverfassungsgesetz ver-

streut sind. Die einzelnen Tatbestände sind zu unterschiedlich, als daß sich ihnen mehr Gemeinsamkeiten als die Wertung entnehmen ließe, der Gesetzgeber habe in diesen Angelegenheiten eben eine betriebliche Regelung im Wege des Mitbestimmungsrechts für erforderlich gehalten. Mit Blick auf das Verhältnis zur Tarifaufonomie kann man weder sagen, es handele sich dabei um materielle Angelegenheiten, die tariflich nicht oder nicht ausreichend regelbar seien - dem steht vor allem § 87 Abs.1 Nr.11 entgegen - noch, daß sich die Tarifparteien ihrer Regelungszuständigkeit entzogen hätten - damit läßt sich § 112 Abs.1 nicht erklären.

Eine systematische Verknüpfung ließe sich jedoch herstellen, wenn man sämtliche Tatbestände als strikt umrissene Ausnahmen des allgemeinen Grundsatzes anzusehen hätte, daß sich Mitbestimmung prinzipiell nur auf die formellen Arbeitsbedingungen erstreckt. Darauf läuft die Lehre von den sogenannten Annexregelungen hinaus.

5. Die Lehre von den Annexregelungen

Nach Ansicht einiger Autoren hat der Gesetzgeber die Mitbestimmung immer dann und nur dann auf materielle Arbeitsbedingungen erstreckt, wenn sie mit formellen in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen (64). Gegen diese Erklärung ist nichts einzuwenden, soweit sie lediglich das Motiv des Gesetzgebers beschreibt, der im Gesetz von 1972 die Schranken der Mitbestimmung aus dem Gesetz von 1952 aufgehoben hat. Nicht zu billigen ist jedoch der damit erweckte Eindruck, das Schwergewicht der Mitbestimmung liege nach wie vor auf der formellen Seite des jeweiligen Mitbestimmungstatbestandes. So dürfte etwa das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Anordnung von Überstunden oder Kurzarbeit nach § 87 Abs.1 Nr.3 für die betroffenen Arbeitnehmer von größerem Gewicht sein, als die Frage, wie Kurzarbeit oder Überstunden verteilt werden sollen. Ähnlich ist es im Rahmen der Mitbestimmung bei der Festsetzung leistungsbezogener Entgelte nach § 87 Abs.1 Nr.11. Auch hier kann die Mitbestimmung über die Geldseite nicht als bloße Ergänzung der Mitbestimmung über die Zeitseite angesehen werden. Vielmehr bezieht sich die Mitbestimmung gleichberechtigt und gleichgewichtig auf sämtliche Faktoren der Berechnung leistungsbezogener Entgelte. Daß die Regelung der materiellen Arbeitsbedingungen vom Gesetz als Domäne der Tarifparteien betrachtet wird (65), folgt nicht aus dem Mitbestimmungskatalog des § 87 Abs.1, sondern aus dem Tarifvorbehalt im Eingangssatz der Vorschrift. Damit wird jedoch die Primärzuständigkeit der Tarifparteien nicht nur auf

materielle, sondern auf sämtliche Arbeitsbedingungen einschließlich der formellen erstreckt.

Mit der Auffassung vom Ausnahmecharakter der Mitbestimmung in materiellen Angelegenheiten läßt sich auch die Lehre von der Mitbestimmung in materiellen Annexbedingungen nicht in Übereinstimmung bringen. Nach dieser von Hanau begründeten Ansicht erstreckt sich die Mitbestimmung bei den formellen Arbeitsbedingungen auch auf die finanziellen Folgeregelungen, die materiellen Annexregelungen (66). Danach umfaßt etwa die Mitbestimmung über die Einführung von Nachtschichten auch die Frage der Nachtschichtzulagen.

Die Begründung materieller Annexzuständigkeiten in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten setzt voraus, daß die gegenständliche Einordnung einer Arbeitsbedingung nicht mehr über die Zuständigkeit des Betriebsrats im Mitbestimmungsbereich entscheidet. Erst wenn die Differenzierung materieller und formeller Arbeitsbedingungen als Auslegungsrichtlinie für die einzelnen Mitbestimmungstatbestände gefallen ist, kann man vom Gesetz nicht ausdrücklich genannte Zuständigkeiten des Betriebsrats für Annexregelungen konstruieren. Konsequenterweise kann dann aber nicht nur von materiellen Annexregelungen gesprochen werden. Vielmehr müssen auch Annexzuständigkeiten in formellen, im Gesetz nicht ausdrücklich genannten Angelegenheiten anerkannt werden. Schließlich muß die Annexzuständigkeit, wenn sie den Katalog der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten in § 87 Abs.1 nicht aufweichen will, vom Wortlaut der einzelnen Bestimmung gedeckt sein (67). Damit wird jedoch der Begriff der materiellen Annexregelung selbst entbehrlich. Das belegt die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts über die Mitbestimmung hinsichtlich der Kontoführungsgebühren bei der Einführung der bargeldlosen Entlohnung (68). Das Gericht hat diese Frage zwar als materielle Annexregelung bezeichnet, sich bei der Begründung aber allein auf Wortlaut und Sinn des Tatbestandes des § 87 Abs.1 Nr. 4 bezogen.

Das Bundesarbeitsgericht (69) hat auch der Auffassung eine Absage erteilt, die vor dem Hintergrund einer eingeschränkten Mitbestimmung in materiellen Angelegenheiten gesehen werden muß, der Ansicht nämlich, daß die betriebliche Mitbestimmung nicht oder zumindest nicht unmittelbar in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingreifen dürfe (70). Es hat bei der Festsetzung der Arbeits- und Öffnungszeiten in Betrieben des Handels die Mitbestimmung auch dann bejaht,

wenn dadurch ~~die~~ Verkaufspolitik beeinflusst wird (71).

Nach alldem ist davon auszugehen, daß der Unterscheidung formeller und materieller Arbeitsbedingungen im Mitbestimmungsbereich unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Bedeutung mehr zukommt (72). Der Gesetzgeber des Jahres 1972 hat sich lediglich an sachbezogenen Zweckmäßigkeitskriterien orientiert, ohne sich davon leiten zu lassen, ob ein Mitbestimmungstatbestand den Entgeltbereich berührt. Danach entfällt auch die Möglichkeit, Mitbestimmung und Tarifautonomie in dieser Weise gegenständlich abzugrenzen.

Gilt das nun auch für die Vereinbarungsbefugnis im Mitwirkungsreich, also die Zuständigkeit der Betriebsparteien zu freiwilliger Regelung einer Angelegenheit?

II Zulässigkeit freiwilliger Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber

1. Die Betriebsvereinbarung

Die Betriebsvereinbarung wirkt ebenso wie der Tarifvertrag normativ auf die betroffenen Arbeitsverhältnisse ein, § 77 Abs.4. Als Gestaltungsmittel der innerbetrieblichen Rechtsetzung (73) bedarf sie ihrerseits einer gesetzlichen Ermächtigung (74). Es herrscht keine Vertragsfreiheit; eine Betriebsvereinbarung kann nur in denjenigen Angelegenheiten abgeschlossen werden, in denen das Betriebsverfassungsgesetz die Betriebsparteien zur Rechtsetzung ermächtigt.

a) Zuständigkeit in sozialen Angelegenheit

Nach herrschender Meinung hat der Betriebsrat in sozialen Angelegenheiten eine umfassende funktionelle Zuständigkeit (75). Er kann alle Arbeitsbedingungen, materielle und formelle mit dem Arbeitgeber normativ regeln. Ermächtigungsnorm ist § 88, der Betriebsvereinbarungen zur Verhütung von Arbeitsunfällen und Gesundheitsschädigungen, zur Errichtung von Sozialeinrichtungen und über Maßnahmen zur Förderung der Vermögensbildung beispielhaft zuläßt. Daraus folgt, daß auch Betriebsvereinbarungen über andere, nicht genannte Gegenstände zulässig sind, allerdings nur im Umfang der Ermächtigung. Da sich die Norm im dritten Abschnitt des vierten Teils des Betriebsverfassungsgesetzes befindet, der die sozialen Angelegenheiten regelt, und nicht

im Abschnitt "Allgemeines" des die Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer regelnden Teils des Betriebsverfassungsgesetzes und in den Abschnitten 4 bis 6 keine entsprechenden Normen enthalten sind, wird angenommen, die Ermächtigung gelte lediglich im Bereich der sozialen Angelegenheiten (76). Damit stellt sich die Frage, wie sich soziale von den personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten sowie den im vierten Abschnitt des vierten Teils geregelten Angelegenheiten über die Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung abgrenzen lassen.

Entbehrlich ist diese Frage nur dann, wenn die Normsetzungsermächtigung nicht auf § 88, sondern auf § 77 Abs.3 beruht, da diese Norm sich in den allgemeinen Vorschriften des vierten Teils befindet. Zu diesem Ergebnis kommt Kreutz (77), der § 77 Abs.3 mittels Umkehrschlusses als umfassende Regelung des Gegenstandsbereiches der Betriebsvereinbarung ansieht. In ähnlicher Weise sieht Thiele (78) in den §§ 77 Abs.3 und 88 die Ermächtigung der Betriebsparteien zur Normierung materieller Arbeitsbedingungen.

Im alten Recht hatte sich Strasser (79) auf § 59 BetrVG 1952 als Ermächtigung für Betriebsvereinbarungen über materielle Angelegenheiten und auf § 57 BetrVG 1952 zur Regelung formeller Arbeitsbedingungen berufen. Damals war eine solche Auffassung vertretbar, da § 59 BetrVG 1952 nur für materielle Arbeitsbedingungen gelten sollte und man § 57 BetrVG 1952 von seinen Regelbeispielen her als Ermächtigungsgrundlage nur für formelle Angelegenheiten interpretieren konnte. Nimmt man heute § 77 Abs.3 in dieser Weise in Anspruch, hängt § 88 vollständig in der Luft. Selbst wenn § 77 Abs.3 in seiner Sperrwirkung und damit auch hinsichtlich des Umfangs der Ermächtigung auf materielle Arbeitsbedingungen beschränkt werden kann (80), ist die Erwähnung der Maßnahmen zur Förderung der Vermögensbildung, von materiellen Arbeitsbedingungen also, in § 88 Nr.3 überflüssig. Der Grund für die in § 88 Nr.1 und 2 genannten Angelegenheiten entfällt, wenn § 77 Abs.3 auf sämtliche Arbeitsbedingungen angewandt wird. Unter Berücksichtigung des Zusammenhangs beider Vorschriften kann der Umkehrschluß aus § 77 Abs.3 nur dahin gehen, daß die Norm die Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen, auch in Entgeltsfragen, voraussetzt, daß der Umfang der Ermächtigung jedoch durch § 88 bestimmt wird. Es bleibt deshalb die Frage zu beantworten: was sind soziale Angelegenheiten im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes?

Der Gesetzgeber hat weder soziale noch personelle oder wirtschaftliche Angelegenheiten definiert. Für die personellen Angelegenheiten ist sogar auf die Legaldefinition des § 60 Abs.2 BetrVG 1952 verzichtet worden. Nach altem Recht waren personelle Angelegenheiten Einstellungen, Umgruppierungen, Versetzungen und Entlassungen, und zwar nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts lediglich die mit der einzelnen konkreten Maßnahme zusammenhängenden Fragen (81). Nur in diesen Angelegenheiten bestand nach Auffassung des Gerichts keine Rechtsgrundlage für den Abschluß einer Betriebsvereinbarung, da eine Ermächtigungsgrundlage in personellen Angelegenheiten fehlte. Säcker (82) zählt zu den personellen Angelegenheiten unter Berufung auf diese Entscheidung die Einzelmaßnahmen der §§ 99 ff. sowie die Angelegenheiten der quantitativen und qualitativen Personalplanung nach §§ 92 ff.

Es kann dahinstehen, ob das Bundesarbeitsgericht die Abgrenzung sozialer und personeller Angelegenheiten zum Betriebsverfassungsgesetz 1952 zutreffend vorgenommen hat (83). Bis dahin war jedenfalls die Ermächtigung zum Abschluß freiwilliger Betriebsvereinbarungen in personellen Angelegenheiten niemals in Zweifel gezogen worden (84). Eine Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist jedoch heute nicht mehr möglich. Denn das Gericht hat seine Entscheidung ausdrücklich auf § 60 Abs.2 BetrVG 1952 gestützt. Der Umstand, daß das neue Recht eine entsprechende Vorschrift nicht mehr enthält, kann wohl nur dahin gewertet werden, daß dem Gesetzgeber eine strikte Abgrenzung entbehrlich schien. Die Grenze zwischen formellen und sozialen Angelegenheiten ist deshalb fließend geworden (85). Dafür spricht auch, daß die Mitbestimmung des Betriebsrats bei Fragen der Berufsausbildung im alten Recht unter § 56 Abs.1 d BetrVG 1952 als soziale Angelegenheit geregelt war, nunmehr jedoch "wegen des inneren Bezugs der Berufsausbildung zum Personalwesen" (86) in den §§ 96 ff. als personelle Angelegenheit geführt wird.

Dasselbe gilt für die sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten die häufig danach unterschieden werden, daß die sozialen Angelegenheiten die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Gegenstand haben, während bei den wirtschaftlichen Angelegenheiten der Arbeitgeber in seiner Funktion als Unternehmer angesprochen wird (87). Aber auch diese Abgrenzung ist nicht strikt durchführbar, da viele lohn- und arbeitszeitwirksame Maßnahmen den unternehmerisch-wirtschaftlichen Bereich berühren. Besonders deut-

lich wird dies bei der Mitentscheidung des Betriebsrats nach § 87 Abs.1 Nr.3 über die Frage, ob Kurzarbeit eingeführt werden soll. Dabei handelt es sich eindeutig um eine Entscheidung mit unternehmerisch-wirtschaftlichen Auswirkungen. Denn mit der Dauer der Arbeitszeit wird auch über den Umfang der Produktion entschieden (88). Da das Bundesarbeitsgericht bei der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten einen allgemeinen Vorbehalt unternehmerischer Entscheidungsfreiheit verneint hat (89), ist es nicht sinnvoll, die Unterscheidung wirtschaftlicher und sozialer Angelegenheiten als Maßstab für die Zulässigkeit freiwilliger betrieblicher Normsetzung zu nehmen.

Ob und wie im Einzelfall Grenzen gezogen werden müssen, kann jedoch dahinstehen (90), wenn man sich der weiten Definition der sozialen Angelegenheiten anschließt. Danach sind soziale Angelegenheiten die Gesamtheit der Arbeitsbedingungen, also die Gesamtheit aller Faktoren, die auf das Arbeitsverhältnis im Wege von Individualverträgen, Gesamtvereinbarungen und staatlichen Gesetzen einwirken können (91). Da es hier lediglich um die Abgrenzung der Zuständigkeit von Tarif- und Betriebsparteien bei der Regelung der Arbeitsbedingungen geht, ist eine nähere Abgrenzung sozialer Angelegenheiten von den personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten entbehrlich.

Bei der Regelung der Arbeitsbedingungen sind somit die Regelungsbereiche von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung gleich. Das gilt jedoch nur dann, wenn man nicht die Zuständigkeit der Betriebsvereinbarungsparteien in den materiellen Arbeitsbedingungen bestreitet.

b) Lohnpolitische Funktion

aa) Meinungsstand

Die überwiegende Ansicht sieht § 88 als umfassende Ermächtigung der Betriebsparteien zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen über sämtliche Arbeitsbedingungen materieller und formeller Art an (92). Die uneingeschränkte Zuständigkeit impliziert, daß die Betriebsvereinbarung prinzipiell auch als Instrument der Lohnpolitik auf betrieblicher Ebene eingesetzt werden kann. Als freiwillige Vereinbarung kann der Betriebsrat sie zwar gegenüber dem Arbeitgeber nicht erzwingen, insbesondere wegen des Verbots des §§ 74 Abs.2 nicht kampfwiese

durchsetzen. Gleichgelagerte Interessen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber oder Mechanismen unterhalb der Streikschwelle haben jedoch zu einer weiten Verbreitung von Betriebsvereinbarungen auch in Lohnfragen geführt. Während die Gewerkschaften darin eine Konkurrenz für den frei ausgehandelten Tarifvertrag sahen, begründete diese Entwicklung für Rechtsprechung und Lehre eher eine Gefahr für den Betriebsfrieden (93). Dadurch hat sich auch das Bundesarbeitsgericht immer wieder zu mißverständlichen Formulierungen verleiten lassen. So hat es im Urteil vom 15. Dezember 1961 pauschal geäußert, die Gestaltung der materiellen Arbeitsbedingungen sei Sache der Parteien des Tarifvertrages und des Arbeitsvertrages, nicht aber der Betriebspartner (94). Im Urteil vom 20. Dezember 1957 (95) hat es zwar die Regelung eines Lohnabtretungsverbots durch Betriebsvereinbarung für zulässig erklärt, jedoch einschränkend hinzugefügt, daß die Modalitäten des Lohnanspruchs nur dann durch Betriebsvereinbarungen geregelt werden dürften, wenn diese Maßnahme der Ordnung des Betriebes zu dienen bestimmt sei. Daraus ist geschlossen worden, daß diese Schranken für sämtliche Betriebsvereinbarungen über materielle Arbeitsbedingungen gelten müßten (96).

Die Bedenken gegen Betriebsvereinbarungen in Lohnfragen sind so alt wie die Betriebsvereinbarungen selbst. Bereits zu § 78 Ziffer 2 BRG ist die Ansicht geäußert worden, die dort vorgesehene Mitwirkung des Betriebsrats bei der "Regelung der Löhne und sonstigen Arbeitsverhältnisse" dürfe nicht durch Betriebsvereinbarung realisiert werden. Dies sei allein Sache des Einzelvertrages (97). Unter der Geltung des Betriebsverfassungsgesetzes von 1952 hat Richardi die Ansicht vertreten, die Betriebsvereinbarungsparteien seien für die Regelung materieller Arbeitsbedingungen grundsätzlich nicht zuständig (98). Er hat seine Ansicht, die er zunächst auch zum neuen Recht aufrechterhalten hat (99), mit der Erwägung begründet, die Bestimmung einer Betriebsvereinbarung habe für den Arbeitnehmer des Betriebes den Charakter einer Zwangsordnung, da sie nur aufgrund der Zugehörigkeit zum Betrieb Geltung erlange. Im Gegensatz zum Tarifvertrag, dessen Rechtsverbindlichkeit sich aus der individuellen Unterwerfung der Tarifgebundenen unter den Kollektivwillen ergebe, könne der Abschluß des Arbeitsvertrages nicht als rechtsgeschäftlicher Unterwerfungsakt des Arbeitnehmers unter die kollektivrechtliche Regelungsmacht der Betriebsparteien angesehen werden. Die Wahl des Betriebsrats sei als demokratische Legitimation für eine kollektivrechtliche

Gestaltungsmöglichkeit auf betrieblicher Ebene nicht ausreichend.

Neuerdings hat Richardi seine Auffassung weitgehend abgeschwächt (100). Er hält zwar weiterhin daran fest, daß durch freiwillige Betriebsvereinbarungen nicht alle materiellen Arbeitsbedingungen festzulegen sind, die dem Arbeitsverhältnis seine konkrete Struktur geben. Deshalb sei der Umfang der Arbeitsleistung einer Regelung durch Betriebsvereinbarung grundsätzlich entzogen. Er folgert daraus jedoch nur, daß materielle Arbeitsbedingungen nicht zuungunsten der Arbeitnehmer gestaltet werden können.

Diese Auffassung hatte bereits Canaris zum alten Recht vertreten (101). Er meinte, dem Betriebsrat seien nach § 49 BetrVG 1952, jetzt § 2 Abs. 1, zwei verschiedene Aufgaben zugeteilt. Einerseits müsse er die Interessen der durch ihn repräsentierten Arbeitnehmer wahrnehmen, andererseits habe er zum Wohle des Betriebes zu wirken. Diese unterschiedlichen Funktionen deckten sich mit der Differenzierung zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen, denen ein "tieferer Gerechtigkeitswert" (102) zugrunde liege. Bei den formellen Arbeitsbedingungen bestehe ein überragendes Interesse des Betriebes an einer einheitlichen Ordnung, während das Schutzinteresse der Belegschaft schwächer sei. Für die betriebliche Organisation spiele indessen die Einheitlichkeit der materiellen Arbeitsbedingungen nur eine geringfügige Rolle, das Schutzinteresse der Arbeitnehmer sei dort jedoch von höchstem Gewicht.

bb) Stellungnahme

Die Ansichten von der eingeschränkten Zuständigkeit der Betriebsparteien in materiellen Arbeitsbedingungen könnten im Gesetz eine Stütze finden, wenn man den Begriff der Üblichkeit in § 77 Abs.3 ohne Bezug zum konkreten Betrieb und im Sinne von Herkömmlichkeit dahin zu verstehen hätte, daß alle typischerweise tariflich geregelten Arbeitsbedingungen einer Regelung durch Betriebsvereinbarung entzogen werden. Ein solcher Begriff, der allein die Gegenstände der Tarifregelung im Auge hätte, wäre jedoch kaum justitiabel. Nach allgemeiner Meinung werden deshalb auch als Kriterien für eine übliche Tarifregelung nicht nur eine eingebürgerte Tarifregelung in einem bestimmten Wirtschafts- oder Gewerbebezweig verlangt. Darüberhinaus muß der konkrete Betrieb im räumlichen, betrieblichen und fachlichen Geltungsbereich einer eingebürgerten Tarifregelung liegen (103).

§ 77 Abs.3 läßt sich zur Begründung einer eingeschränkten Zuständigkeit der Betriebsvereinbarungsparteien bei der Regelung materieller Arbeitsbedingungen nicht heranziehen. Vielmehr setzt die Vorschrift die Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen über Arbeitsentgelte gerade voraus. Sie wäre funktionslos, wenn solche Vereinbarungen prinzipiell unzulässig wären. Das gilt erst recht, wenn man unter den sonstigen Arbeitsbedingungen gerade nur die materiellen Arbeitsbedingungen versteht (104).

Auch eine Orientierung an den in § 88 beispielhaft aufgeführten Angelegenheiten, die im Wege freiwilliger Betriebsvereinbarung geregelt werden können, erscheint zur Begründung einer eingeschränkten Zuständigkeit in Fragen, die das Arbeitsentgelt betreffen, nicht möglich. Aus § 88 Nr.3 folgt vielmehr, daß der Gesetzgeber keine Bedenken hatte, den Betriebsparteien die freiwillige Regelung einer materiellen Arbeitsbedingung ausdrücklich zuzuweisen. Im übrigen sind die in § 88 genannten Beispiele für die Zuständigkeit der Betriebsparteien zur normativen Regelung zu unterschiedlich, als daß aus ihnen ein gemeinsames Prinzip abgeleitet werden könnte.

Schließlich lassen sich auch die Angelegenheiten des § 87 Abs.1 für die Behauptung, daß die Zuständigkeit des Betriebsrats zu freiwilliger Regelung von Fragen mit lohnpolitischer Bedeutung nicht gegeben sei, nicht in Anspruch nehmen. Aus dem Tatbestand des § 87 Abs.1 Nr. 11 ist eher abzuleiten, daß der Betriebsrat, der schon bei so wichtigen Fragen wie der Festsetzung der Akkord- und Prämiensätze hinsichtlich der Geldfaktoren ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht hat, erst recht für den Abschluß freiwilliger normativer Lohnabreden mit dem Arbeitgeber zuständig ist. Der Gesetzgeber hatte offenbar keine Bedenken, Mitbestimmungsrechte im Zentrum materieller Arbeitsbedingungen zu begründen. Einwände gegen die Legitimation des Betriebsrats zu freiwilliger normativer Regelung einer materiellen Arbeitsbedingung müssen deshalb als überholt angesehen werden. Der Betriebsrat wird durch die Wahl der Arbeitnehmer des Betriebes ausreichend legitimiert (105).

Wie weit Betriebsvereinbarungen Regelungen enthalten dürfen, die ausschließlich zu Lasten der Arbeitnehmer wirken, ist umstritten (106). Kommt es dabei aber darauf an, ob die Betriebsvereinbarung materielle oder formelle Arbeitsbedingungen enthält?

Canaris (107) nimmt als Ausgangspunkt seiner Theorie die Vorschrift des § 2 Abs.1, früher § 49 Abs.1 BetrVG 1952, die den Betriebsrat verpflichtet, sowohl zum Wohl der Arbeitnehmer als auch des Betriebes, mit dem Arbeitgeber vertrauensvoll zusammenzuarbeiten. Damit werden dem Betriebsrat jedoch entgegen seiner Ansicht nicht zwei verschiedene Aufgaben zugewiesen, die als Ordnungs- und Schutzfunktion nebeneinander stehen und sich zudem gegenständlich anhand der Unterscheidung materieller und formeller Arbeitsbedingungen voneinander abgrenzen lassen. Diese Auffassung wird der Funktion des Betriebsrats nicht gerecht. Der Betriebsrat nimmt als Repräsentant der Belegschaft (108) die Interessen der Arbeitnehmer des Betriebes gegenüber dem Arbeitgeber wahr (109). Aus dem Umstand, daß das Gesetz als Ziel der Zusammenarbeit der Betriebsparteien auch das Wohl des Betriebes nennt, kann man jedoch keine Schlüsse ziehen, die im Ergebnis eine Aufhebung des natürlichen Interessengegensatzes von Arbeitgeber und Belegschaft bedeuten. Darauf läuft jedoch die Ansicht hinaus, der Betriebsrat dürfe nicht ausschließlich und einseitig die Interessen der Arbeitnehmer des Betriebes im Auge haben (110). Richtig ist vielmehr, daß eine möglichst hohe Wirtschaftlichkeit des Betriebes (111) regelmäßig auch dem Interesse der Arbeitnehmer an der Sicherheit ihrer Arbeitsplätze und an guten Verdienstmöglichkeiten dient. Die Verpflichtung des § 2 Abs.1 muß deshalb dahin verstanden werden, daß der Betriebsrat das Wohl des Betriebes insoweit zu fördern hat, als es zugleich den Interessen der Arbeitnehmer dient. Nach der Wertung des Gesetzes soll das Ergebnis betrieblicher Zusammenarbeit der Kompromiß grundsätzlich akzeptierter konträrer Interessenlagen sein. Damit verträgt es sich nicht, dem Betriebsrat zwei verschiedene Aufgaben zuzuordnen, die Ordnungsfunktion im Betriebsinteresse und die Schutzfunktion im Arbeitnehmerinteresse.

Es mag zwar sein, daß bei den formellen Arbeitsbedingungen ein höheres Interesse des Betriebes an einer einheitlichen Ordnung besteht. Keineswegs sind jedoch die Schutzinteressen der Belegschaft insoweit schwächer als bei den materiellen Arbeitsbedingungen. Die geschichtliche Entwicklung der Betriebsverfassung zeigt vielmehr, daß auf betrieblicher Ebene das Schutzinteresse gerade bei den formellen Arbeitsbedingungen im Vordergrund gestanden hat. Und das mit gutem Grund: Der Interessenschutz der Arbeitnehmer in den wichtigsten materiellen Arbeitsbedingungen wie Lohn, Arbeitszeit und Urlaub lag seit eh und je in den Händen der Gewerkschaften. Deshalb ließe sich

mit besseren Gründen die Behauptung von Canaris umkehren: Gerade bei den formellen Arbeitsbedingungen besteht ein überragendes Interesse der Arbeitnehmer für eine Regelung auf Betriebsebene (112).

Nach alledem muß davon ausgegangen werden, daß die Zuständigkeit der Betriebsparteien zu freiwilliger normativer Gestaltung der Arbeitsbedingungen auf Betriebsebene grundsätzlich ebenso umfassend wie die der Tarifparteien ist. Auf die Frage, ob eine formelle oder eine materielle Arbeitsbedingung Regelungsgegenstand ist, kommt es unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt an.

Nicht jede Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ist jedoch eine Betriebsvereinbarung. § 77 spricht in seinem Absatz 1 allgemein von Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber und trifft in den Absätzen 2 bis 6 besondere Regelungen für die Betriebsvereinbarungen. Damit gibt das Gesetz zu erkennen, daß es neben Betriebsvereinbarungen andere Vereinbarungen zuläßt.

2. Die Regelungsabrede

Nach herrschender Meinung handelt es sich bei Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, die nicht Betriebsvereinbarungen im Sinne des § 77 Abs. 2 bis 6 sind, um Verträge, die nicht normativ wirken, sondern lediglich zwischen den Betriebsparteien Rechtsbeziehungen begründen (113). Sie werden als Betriebsabsprache (114), Regelungsabrede (115) oder schlicht als betriebliche Einigung (116) bezeichnet und können formlos, auch durch konkludentes Verhalten geschlossen werden, wenn auf Seiten des Betriebsrats die Vorschriften über die Willensbildung im Gremium beachtet werden (117). Regelungsabreden sind zulässig, sofern der Betriebsrat für die Materie der Absprache funktionell zuständig ist. Es herrscht Vertragsfreiheit. Die neuerdings vertretene Ansicht, aus § 88 folge, daß im Bereich der sozialen Angelegenheiten keine Regelungsabreden, sondern nur Betriebsvereinbarungen abgeschlossen werden können (118), ist unzutreffend. § 88 ist die gesetzliche Ermächtigung für die Betriebsvereinbarung als innerbetrieblichem Rechtsetzungsakt. Mit anderen betrieblichen Vereinbarungen, die nicht normativ wirken, beschäftigt sich die Vorschrift nicht.

Anders als die Betriebsvereinbarung enthält die Regelungsabrede selbst

aber keine Regelung einer Arbeitsbedingung. Sie ist lediglich die schuldrechtliche Einigung von Arbeitgeber und Betriebsrat, eine Materie einzelvertraglich durchzusetzen (119). Die Regelung selbst erfolgt allein auf der Ebene des Arbeitsvertrages.

III Zwischenergebnis

Das dualistische System von Tarifautonomie und Betriebsverfassung stellt zwei Zuständigkeiten zur Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen zur Verfügung. Beide Funktionskreise lassen sich nicht gegenständlich voneinander abgrenzen. Die Zuständigkeit der Betriebsparteien zu normativer Regelung der Arbeitsbedingungen deckt sich vielmehr mit der tariflichen Kompetenz nach § 1 Abs.1 TVG. Das heißt zwar nicht, daß die Betriebsvereinbarung ein auf die Stufe des Betriebes projizierter Tarifvertrag ist. Unterschiede zwischen beiden Normenverträgen bestehen insbesondere in den Regelungsvorbehalten der §§ 77 Abs.3 und 87 Abs.1, Halbsatz 1, der nur für erzwingbare Betriebsvereinbarungen nach § 77 Abs.6 angeordneten Nachwirkung, der ebenfalls nur für die Betriebsvereinbarung vom Bundesarbeitsgericht beanspruchten gerichtlichen Billigkeitskontrolle (120) und dem Umstand, daß manche Gesetze zwar tarifdispositiv, nicht aber betriebsvereinbarungsdispositiv sind (121). Da sonst die Zuständigkeiten von Tarif- und Betriebsvereinbarungenparteien jedoch praktisch gleich sind (122), ist die auch heute noch zitierte (123) Äußerung Jacobis, bei einem Vergleich beider Gestaltungsmittel falle weniger die Ähnlichkeit als die Gegensätzlichkeit ins Auge (124), im Laufe der Zeit immer unrichtiger geworden.

Die gegenständliche Aufteilung der Zuständigkeiten von Tarif- und Betriebsparteien anhand der Unterscheidung von materiellen und formellen Angelegenheit entspricht dem Gesetz nicht. Insbesondere bei der Mitbestimmung ist das Kriterium der Unterscheidung formeller und materieller Arbeitsbedingungen, wie es dem Gesetz von 1952 überwiegend entnommen worden ist, entfallen.

Tarifautonomie und Betriebsverfassung stehen jedoch nicht beziehungslos nebeneinander. Der Gesetzgeber hat vielmehr sowohl im Tarifrecht als auch im Betriebsverfassungsrecht Kompetenzen der Tarifparteien zur Einflußnahme auf betriebliche Entscheidungsprozesse vorgesehen.

D Der Einfluß der Tarifparteien auf die betriebliche Regelungsbefugnis

Das Betriebsverfassungsgesetz hat den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften zahlreiche Rechte eingeräumt, auf Errichtung und Zusammensetzung des Betriebsrats sowie auf die Willensbildung im Gremium Einfluß zu nehmen. Aus der Sicht der Tarifautonomie stellt sich jedoch zunächst einmal die Frage, wie die Tarifparteien durch Einsatz des Tarifvertrages die betriebliche Willensbildung beeinflussen können.

I Tarifrechtliche Schranken betrieblicher Regelungsbefugnis

1. Das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung

Nach § 4 Abs.3 TVG sind Vereinbarungen, die von den Rechtsnormen eines Tarifvertrages abweichen, nur zulässig, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zu Gunsten des Arbeitnehmers enthalten. Zwar hat der Gesetzgeber bei abweichenden Abmachungen zunächst einzelvertragliche Vereinbarungen im Auge gehabt und eine Anwendung als gesamtvereinbarungsrechtliche Kollisionsregel nicht bedacht (1). Nach herrschender Meinung gilt das in § 4 Abs.3 TVG normierte Günstigkeitsprinzip jedoch entsprechend auch im Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung (2). Diese Feststellung impliziert, daß die Betriebsvereinbarung dem Tarifvertrag im Rang nachgeht. Denn das Günstigkeitsprinzip gilt regelmäßig nur im Verhältnis rangverschiedener Ordnungen. Für ranggleiche kollektive Ordnungen, etwa zwei aufeinanderfolgende Tarifverträge, gilt das Ablöseprinzip (3).

a) Das Rangverhältnis

Die Unterordnung der Betriebsvereinbarung unter den Tarifvertrag beruht auf ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung. Nach § 2 Abs.1 erfolgt die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat unter Beachtung der geltenden Tarifverträge. Der Betriebsrat hat darüber zu wachen, daß die zu Gunsten der Arbeitnehmer geltenden Tarifverträge durchgeführt werden, § 80 Abs.1 Nr.1. Letztlich läßt auch § 77 Abs.3 Betriebsvereinbarungen nur in dem Bereich zu, der nicht üblicherweise tariflich abgedeckt ist. Wenn dieser Norm deshalb aber allein die Funktion zugeschrieben wird, den Vorrang des Tarifvertrages vor der

Betriebsvereinbarung zu regeln (4), so ist dies zwar zutreffend, jedoch wird gerade ihr Spezifikum, der Ausschluß des Günstigkeitsprinzips (5), dabei nicht berücksichtigt.

Die Tarifparteien können also nach § 4 Abs.3 TVG zwar eine Verschlechterung der Rechtsstellung der Arbeitnehmer durch Betriebsvereinbarungen, nicht aber eine Verbesserung verhindern (6). Da weder § 4 Abs.3 TVG noch die §§ 2 Abs.1, 77 Abs.3 einen Unterschied zwischen Verbands- und Firmentarifvertrag machen, gilt das Günstigkeitsprinzip auch zwischen Firmentarifvertrag und Betriebsvereinbarung, obwohl beide Gesamtvereinbarungen denselben Geltungsbereich haben (7). Wenn der Tarifvertrag entsprechenden Spielraum läßt, kann die Tarifautonomie also durch betriebliche Normsetzung überlagert werden. Dies gilt uneingeschränkt jedoch nur dann, wenn nicht bestimmte Arbeitsbedingungen von vornherein einem Günstigkeitsvergleich entzogen sind.

b) Der Günstigkeitsvergleich bei den formellen Arbeitsbedingungen

Eine Betriebsvereinbarung, die nach § 4 Abs.3 TVG von einem Tarifvertrag abweicht, muß nachweislich günstiger sein. Sie tritt schon dann zurück, wenn sie nicht ungünstiger ist. Maßgebend für den Beurteilungsmaßstab sind objektive Kriterien, die sich aus der Verkehrsanschauung und den Grundsätzen der Arbeitsrechtsordnung ergeben (8). Wird beim Vergleich einer arbeitsvertraglichen Regelung mit dem einschlägigen Tarifvertrag daneben auch das Interesse des einzelnen Arbeitnehmers berücksichtigt, so ist bei einer vom Tarifvertrag abweichenden Regelung durch Betriebsvereinbarung auf das Gesamtinteresse der Belegschaft abzustellen (9).

Für die formellen Arbeitsbedingungen wird die Ansicht vertreten, sie seien insgesamt einem Günstigkeitsvergleich entzogen, da sie ihrer Struktur nach nicht als günstiger oder ungünstiger beurteilt werden könnten (10). Tarifvertragliche Bestimmungen, die nicht das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zum Gegenstand hätten, sondern lediglich eine dem Arbeitnehmer obliegende Arbeitspflicht konkretisierten, könnten nicht als Mindestarbeitsbedingungen angesehen werden. Das Günstigkeitsprinzip müsse deshalb bei diesen Arbeitsbedingungen den Inhalt haben, daß dem einzelnen Arbeitnehmer durch die Vereinbarung eine Sonderstellung eingeräumt werde, die wegen seiner per-

sönlichen Verhältnisse für ihn einen Vorteil darstelle. Eine solche individuelle Sonderstellung könne aber durch betriebseinheitliche Regelung nicht gewährt werden. Da die Beurteilung der Günstigkeit nach objektiven Kriterien zu entscheiden sei, könne sich der einzelne Arbeitnehmer auch nicht darauf berufen, daß die einheitliche Regelung seinem Interesse besser entspreche.

Diese Ansicht vermag aus zwei Gründen nicht zu überzeugen. Zunächst ist schon der Ausgangspunkt, formelle Arbeitsbedingungen könnten nicht als Mindestarbeitsbedingungen anzusehen sein, nicht allgemein zutreffend. Dieser Satz gilt insbesondere dann nicht, wenn durch betriebseinheitliche Regelung dem einzelnen Arbeitnehmer eigene Befugnisse zur Konkretisierung seiner Arbeitspflicht-etwa durch Vereinbarung einer gleitenden Arbeitszeit - eingeräumt werden. Kann der einzelne Arbeitnehmer selbst bestimmen, wie er sich Beginn und Ende seiner täglichen Arbeitszeit innerhalb bestimmter Zeitspannen einrichtet, so ist diese Regelung nach objektiven Kriterien für ihn günstiger als die Vereinbarung fester Zeiten. Im übrigen verschiebt das pauschale Entscheidungsmuster anhand der Differenzierung von materiellen und formellen Arbeitsbedingungen beim Günstigkeitsvergleich lediglich den Schwerpunkt der Entscheidung von der zentralen Frage des Vergleichs zweier Regelungen einer Arbeitsbedingung auf die in diesem Zusammenhang dogmatisch unerhebliche Frage, ob es sich bei der geregelten Arbeitsbedingung um eine materielle oder formelle handelt. Es ist deshalb in jedem Fall zu prüfen, ob die Bestimmung einer Betriebsvereinbarung gegenüber einer tariflichen Regelung günstiger oder ungünstiger ist (11).

2. Regelungsabrede und Tarifvertrag

Zwischen Betriebsabsprache und Tarifvertrag kann ein Konkurrenzverhältnis bei der Regelung von Arbeitsbedingungen nicht entstehen. Die Regelungsabrede enthält nämlich selbst keine "Regelung", sie kann eine solche lediglich vorbereiten. Da ihr keine normative Wirkung zukommt, bedarf sie, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat nicht nur gegenseitige Rechte und Pflichten begründen wollen, sondern eine Regelung der Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer des Betriebes anstreben, einer Umsetzung auf die Ebene des Arbeitsvertrages (12). Die Absprache zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat verpflichtet und

legitimiert den Arbeitgeber, die abgesprochene Maßnahme individualvertraglich durchzusetzen, und zwar entweder im Wege seines Direktionsrechts oder im Wege arbeitsvertraglicher Einheitsregelung. Sie hat für die Belegschaft deshalb nur mittelbare Bedeutung (13).

Wenn man also mit der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung die Ansicht vertritt, daß § 87 Abs.1 nichts über die Form der Mitbestimmung aussagt und das Mitbestimmungsrecht deshalb nicht nur durch Betriebsvereinbarung, sondern auch formlos ausgeübt werden kann (14), wird eine Maßnahme des Arbeitgebers, welcher der Betriebsrat formlos zugestimmt hat, lediglich auf der Ebene des Arbeitsvertrages wirksam. Ob diese Maßnahme mit einer tariflichen Regelung übereinstimmt, richtet sich deshalb zwar nach § 4 Abs.3 TVG. Dabei kommt es aber nicht auf das Verhältnis der Regelungsabrede, sondern des Arbeitsvertrages bzw. der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung zum Tarifvertrag an. Da die "Regelung" im Arbeitsverhältnis erfolgt, ist den Betriebsparteien auch die Kündigungsmöglichkeit nach § 77 Abs.5 verwehrt, die nur für die Betriebsvereinbarung zur Verfügung steht. Der Arbeitgeber ist vielmehr zu einer Änderungskündigung gegenüber jedem Arbeitnehmer verpflichtet.

Die Betriebsparteien haben auch beim Abschluß einer Regelungsabrede einen für den Betrieb geltenden Tarifvertrag nach § 2 Abs.1 zu beachten. Ein Verstoß gegen diese Bestimmung ist jedoch für den Bestand der arbeitsvertraglichen Regelung folgenlos (15). Konsequenzen können solche tarifwidrigen Abreden lediglich nach § 23 Abs.1 haben.

3. Die Änderung der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag

a) Grundsätze

Den größten Einfluß auf den Inhalt betrieblicher Vereinbarungen könnten die Tarifparteien ausüben, wenn sie die gesetzlichen Rechte und Funktionen etwaiger unliebsamer Betriebsvertretungen durch Tarifvertrag einschränken könnten. Eine solche Möglichkeit erscheint zwar angesichts der Zuständigkeit der Tarifparteien zur Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen nach § 1 Abs.1 TVG, die durch das Betriebsverfassungsgesetz grundsätzlich nicht aufgehoben worden ist (16), nicht von vornherein ausgeschlossen. Nach allgemeiner Ansicht sind jedoch die grundlegenden Strukturen der Betriebsverfassung

durch das Betriebsverfassungsgesetz abschließend gestaltet und können durch Tarifvertrag nicht geändert werden (17). Zu dem tarifresistenten Bereich gehören nicht nur die Vorschriften über die Wahl und die Zusammensetzung des Betriebsrats nach §§ 7 ff., sondern auch die für die Betriebsorgane geltenden Verhaltensvorschriften wie der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs.1, das Verbot von Arbeitskämpfen und parteipolitischer Tätigkeit nach § 74 Abs.2 sowie das Gleichbehandlungsgebot nach § 75 Abs.1 (18).

Im Gegensatz zur heftig umstrittenen Zulässigkeit der Erweiterung betrieblicher Mitbestimmungsrechte durch Tarifvertrag (19) besteht Einigkeit darin, daß die Tarifvertragsparteien auch die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nicht beseitigen können (20). Es ist danach zwar streitig, ob die gesetzlichen Vorschriften nur Mindestnormen für die Beteiligung der Arbeitnehmer enthalten oder ob sie zweiseitig zwingenden Charakter mit der Folge haben, daß auch eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte ausgeschlossen ist. Keinesfalls sind die Tarifparteien jedoch befugt, die Entscheidung des Gesetzgebers, dem Betriebsrat in bestimmten Angelegenheiten Mitbestimmungsrechte zu gewährleisten, durch bloßen Ausschluß eines Mitbestimmungsrechts zu korrigieren.

Für die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 gilt trotz des Tarifvorbehalts im Eingangssatz der Vorschrift, der bei anderen Mitbestimmungsrechten fehlt, nichts anderes. Eine tarifliche Regelung im Sinne des Eingangssatzes ist eine Regelung der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten. Ein Tarifvertrag kann nicht das Mitbestimmungsrecht ausschließen, ohne selbst eine Sachentscheidung zu treffen (21). Diese Auslegung folgt schon aus dem Wortlaut der Vorschrift und aus dem Umstand, daß andere Mitbestimmungsrechte des Betriebsverfassungsgesetzes keinen derartigen Tarifvorbehalt enthalten. Es wäre kaum zu begründen, daß die Tarifparteien etwa das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Fragen der Ordnung des Betriebes nach § 87 Abs.1 Nr. 1 schlicht ausschließen könnten, während ihnen dies beim Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze und Personalfragebögen nach § 94 verwehrt wäre. Die von den Tarifparteien danach zu treffende Sachentscheidung, die allein geeignet ist, das Mitbestimmungsrecht entfallen zu lassen, darf auch inhaltlich nicht auf einen bloßen Ausschluß der Mitbestimmung hinauslaufen. Deshalb ist eine tarifliche Bestimmung, die dem Arbeitgeber schlicht

das Recht einräumt, unter bestimmten Voraussetzungen einseitig, also auch ohne Zustimmung des Betriebsrats, Mehr- oder Kurzarbeit anzuordnen, unwirksam (22). Denn diese Klausel beseitigt schlechthin die Zuständigkeit des Betriebsrats nach § 87 Abs.1 Nr.3 bei der Anordnung von Kurzarbeit und Überstunden. Dabei kommt es nicht darauf an, aus welchen Gründen die Tarifparteien die Mitbestimmung beseitigen wollen. Ob deshalb ein sachlich-vernünftiger Grund für die Einräumung eines einseitigen Bestimmungsrechts an den Arbeitgeber besteht (23), ist irrelevant (24).

Ebenso wie die Mitbestimmung durch Tarifvertrag nur ausgeschlossen werden kann, wenn die Tarifvertragsparteien selbst eine Regelung der Arbeitsbedingung treffen, kann durch Tarifvertrag die betriebliche Zuständigkeit zu freiwilliger normativer Regelung nach § 88 lediglich im Rahmen des § 77 Abs.3 eingeschränkt werden.

Der Dualismus von Tarifautonomie und Betriebsverfassung ist damit in seiner grundsätzlichen Gestalt einer abweichenden einschränkenden Regelung durch Tarifvertrag entzogen (25). Nur in den Fällen, in denen das Gesetz eine abweichende Regelung gestattet, kann die Betriebsverfassung durch Tarifvertrag geändert werden. Eine solche, besonders wichtige, wenn auch in der Praxis bisher wenig genutzte Handhabe bietet das Gesetz den Tarifparteien in § 76 Abs.8.

b) Die tarifliche Schlichtungsstelle

Nach § 76 Abs.8 können die Tarifparteien anstelle der betrieblichen Einigungsstelle eine tarifliche Schlichtungsstelle einrichten, die sämtliche Aufgaben wahrnimmt, die das Gesetz der Einigungsstelle zuweist. Im Streit um eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit ist dann nicht die betriebliche Einigungsstelle, sondern die tarifliche Schlichtungsstelle zuständig. Ungeachtet der Frage, ob und inwieweit die Tarifparteien die Zuständigkeit der Schlichtungsstelle und das Verfahren abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen regeln können (26), haben es die Tarifparteien damit in der Hand, Streitigkeiten der Betriebsparteien in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten selbst zu entscheiden (27). Die Zuständigkeit der betrieblichen Schlichtungsstelle kann sowohl für bestimmte Betriebe als auch für besondere Fragen, etwa nur Akkordfragen, vereinbart werden (28). Wird die tarifliche Schlichtungsstelle durch einen Verbands-

tarifvertrag vereinbart, so ist sie statt der betrieblichen Einigungsstelle für alle Betriebe zuständig, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist. Denn ihre tarifliche Einrichtung erfolgt durch Betriebsverfassungsnorm nach § 3 Abs.2 TVG (29).

Für den Kernbereich der Betriebsverfassung, die betriebliche Mitbestimmung, sind damit die Auswirkungen des dualistischen Systems von Tarifautonomie und Betriebsverfassung erheblich eingeschränkt. Die Tarifparteien haben es in der Hand, in diesem Bereich durch Einrichtung tariflicher Schlichtungsstellen die Entscheidung von Streitfragen im Mitbestimmungsbereich an sich zu ziehen. Damit können sie die betriebliche Normierung von Arbeitsbedingungen, die ihren tarifpolitischen Vorstellungen widersprechen, weitgehend verhindern. Zwar ist die Schlichtungsstelle ebenso wie die betriebliche Einigungsstelle nach § 76 Abs.5 Satz 3 auf die angemessene Berücksichtigung der Belange des Betriebes und der betroffenen Arbeitnehmer verpflichtet. In ihre Entscheidung lassen sich jedoch auch tarifpolitische Vorstellungen einbringen.

Handelt es sich um Angelegenheiten, die nicht der betrieblichen Mitbestimmung unterliegen, oder war die Einrichtung einer tariflichen Schlichtungsstelle in den Tarifverhandlungen nicht durchsetzbar oder ist aus anderen Gründen auf eine tarifliche Schlichtungsstelle verzichtet worden, so gestaltet sich die Einflußnahme der Tarifparteien auf betriebliche Entscheidungsprozesse schwieriger. Seit den 60iger Jahren haben die Gewerkschaften deshalb verstärkt versucht, durch gewerkschaftliche Vertrauensleute Einfluß auf das Betriebsgeschehen zu gewinnen.

c) Gewerkschaftliche Vertrauensleute

Nach Erlass des Betriebsverfassungsgesetzes von 1952, das ihren Vorstellungen nicht entsprach, haben die Gewerkschaften kontinuierlich begonnen, Vertrauensleutekörper in den Betrieben aufzubauen. Diese sollten den Betriebsrat nicht nur unterstützen, sondern ihn auch als "zweite Säule" (30) kontrollieren (31). Bald stellte sich jedoch heraus, daß dies regelmäßig wirksam nur über die Betriebsräte selbst geschehen konnte. Gewerkschaftlich organisierte Betriebsratsmitglieder sind deshalb häufig kraft Amtes zugleich Vertrauensleute ihrer Gewerkschaft (32). Aus dem Kontrollorgan gegenüber dem Betrieb

rat ist damit in der Praxis ein Hilforgan geworden (33). Rechtliche Bedeutung hat deshalb auch eher die Frage gefunden, wie die Tätigkeit der Vertrauensleute im Betrieb etwa durch Vereinbarung eines erweiterten Kündigungsschutzes tariflich abgesichert werden kann (34), als das Problem, wie weit einem gewerkschaftlichen Vertrauensleutegremium Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte eingeräumt werden können (35).

Außerhalb der Tarifvorbehalte können damit durch Tarifvertrag betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeiten wirksam nur im Mitbestimmungsbereich über die Einrichtung tariflicher Schlichtungsstellen eingeschränkt werden. Die tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen selbst kann wegen des auch zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung geltenden Günstigkeitsprinzips nach Tarifrecht jederzeit überspielt werden.

Allerdings können betriebliche Entscheidungsprozesse auch durch Kooperationsverpflichtungen zwischen Tarif- und Betriebsparteien beeinflußt werden. Deshalb kommt es nun darauf an, in welcher Weise das Betriebsverfassungsgesetz eine Zusammenarbeit zwischen den Tarif- und Betriebsparteien vorsieht.

II. Institutionelle Kooperation von Tarif- und Betriebsparteien

1. Abgrenzung zu verbandsrechtlicher Zusammenarbeit

Ist der Arbeitgeber Mitglied eines Arbeitgeberverbandes und sind Betriebsräte Gewerkschaftsmitglieder, so finden auf die Beziehungen von Arbeitgeber und Betriebsrat zu ihren jeweiligen Organisationen die Bestimmungen der Satzungen sowie die §§ 21 ff. BGB für die in der Regel als eingetragene Vereine organisierten Arbeitgeberverbände und § 54 BGB in Verbindung mit §§ 705 ff. BGB für die zumeist als nicht rechtsfähig Vereine organisierten Gewerkschaften Anwendung.

a) Arbeitgeber und Arbeitgeberverband

Für die Rechtsbeziehung zwischen dem Arbeitgeber und seinem Ver-

band sind allein die innerverbandlichen Vorschriften maßgebend. Wenn § 2 Abs.1 nicht nur Arbeitgeber und Betriebsrat sowie Betriebsrat und Gewerkschaft, sondern auch den Arbeitgeber und seine Arbeitgebervereinigung zum Zusammenwirken anhält (36), so wird damit eine besondere betriebsverfassungsrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers nicht begründet. Denn diese Bestimmung kann den nicht organisierten Arbeitgeber, der von seinem Recht, keinem Verband beizutreten, Gebrauch gemacht hat, nicht berühren.

Der organisierte Arbeitgeber wird durch die Beschlüsse seines Verbandes auf die Einhaltung tarifpolitischer Rahmenbedingungen festgelegt. Üblich sind etwa Absprachen über die Bedingungen für die Gewährung bestimmter Leistungen oder Rahmenbedingungen für Effektivlöhne. Nach einer verbreiteten Ansicht sollen jedoch Verbandsbeschlüsse, durch die die Mitglieder angehalten werden, die Tarifbedingungen nicht zu überschreiten (sogenannte Höchstnormenbeschlüsse) wegen Verstoßes gegen das nach dieser Ansicht in das Verbandsrecht hineinwirkende tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip unzulässig sein (37). Sofern man diese Auffassung teilt, kann man sie jedoch angesichts der das Günstigkeitsprinzip einschränkenden Sperrvorschrift des § 77 Abs.3 nur auf einzelvertragliche Änderungen zugunsten der Arbeitnehmer anwenden. Verboten Verbandsbeschlüsse dem Arbeitgeber im Rahmen des § 77 Abs.3 lediglich die Verbesserung von Tarifbedingungen durch Betriebsvereinbarungen, sind sie unbedenklich zulässig.

b) Betriebsrat als Gewerkschaftsmitglied

Anders als auf der Arbeitgeberseite ist im Verhältnis von Betriebsrat und Gewerkschaft die Bindung eines organisierten Betriebsratsmitglieds durch Gewerkschaftsbeschlüsse praktisch schon dadurch erschwert, daß in der Regel nicht sämtliche Betriebsratsmitglieder einer Gewerkschaft oder nur derselben Gewerkschaft angehören. Verbandsbeschlüsse können deshalb von vornherein nur dahin gehen, das organisierte Betriebsratsmitglied auf ein bestimmtes Beratungs- und Abstimmungsverhalten im Gremium festzulegen. Darüberhinaus ergeben sich die Grenzen von Verbandsabsprachen aus dem Betriebsratsamt. Denn der Betriebsrat ist der Repräsentant nicht nur der gewerkschaftlich organisierten, sondern sämtlicher Arbeitnehmer des Betriebes. Er hat bei seiner Amtsführung jede Diskriminierung nicht-

gewerkschaftlicher Belegschaftsmitglieder zu unterlassen. Das aus § 75 Abs.1 folgende Gebot zu gewerkschaftsneutralem Verhalten (38) ist auch durch Verbandsbeschlüsse zu respektieren. Die verbandliche Bindung eines gewerkschaftlich organisierten Betriebsratsmitglieds kann deshalb nicht weiter reichen als es die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes vorsehen, welche die Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft gesetzlich institutionalisieren. Diesen kommt deshalb die entscheidende Bedeutung für das Verhältnis zwischen Gewerkschaft und Betriebsrat zu.

2. Zusammenwirken zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft

a) Wahleinflußrechte

Der Einfluß der Gewerkschaften auf die Betriebsvertretungen beginnt bereits bei deren Wahl durch die Belegschaften. In betriebsratslosen Betrieben kann eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft nach § 14 Abs.7 eigene Listen aufstellen. In anderen Betrieben kann die Gewerkschaft über ihre Mitglieder nach Maßgabe des § 14 Abs.5 Wahlvorschläge machen. Die Auswahl und die Reihenfolge auf der Vorschlagsliste obliegt häufig den von den Mitgliedern gewählten Vertrauensleuten. So können Betriebsräte, die nicht bereit sind, gewerkschaftliche Interessen zu vertreten, eliminiert werden (39).

Obwohl das Gesetz keine Regelung der gewerkschaftlichen Werbung vor Betriebsratswahlen trifft, ist dieses Recht der Gewerkschaften unter Beachtung der Vorschriften des § 20 Abs.1 und 2 allgemein anerkannt (40). Bei der Wahl selbst können die Gewerkschaften nach §§ 16 Abs.1, 17 Abs.2 und 3, 18 Abs.1 und 3 sowie 19 unterstützend und kontrollierend tätig werden. Darüberhinaus sieht das Betriebsverfassungsgesetz neben dem in § 2 Abs.1 generalklauselartig formulierten Grundsatz des Zusammenwirkens von Arbeitgeber und Betriebsrat mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen besondere Teilnahme- und Unterrichtsrechte der Gewerkschaften vor (41).

b) Teilnahme- und Unterrichtsrechte der Gewerkschaften

Nach § 46 Abs.1 Satz 1 können an den Betriebs- und Abteilungsversammlungen Beauftragte der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften aus eigenem Recht beratend teilnehmen. Zeitpunkt und Tagesordnung sind ihnen mitzuteilen, sofern sie auch im Betriebsrat vertreten sind, § 46 Abs.2 (42). Über § 43 Abs.4 kann eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft den Betriebsrat sogar dazu zwingen, eine Betriebsversammlung einzuberufen, wenn im vorhergegangenen Kalenderhalbjahr keine Betriebsversammlung oder Abteilungsversammlung durchgeführt worden ist. Damit wird sichergestellt, daß der Betriebsrat seinen Tätigkeitsbericht in einer Betriebsversammlung nach § 43 Abs.1 und Satz 1 erstattet (43).

Demgegenüber räumt das Gesetz den Gewerkschaften bei Betriebsrats-sitzungen ein selbständiges Teilnahmerecht nicht ein. Nach § 31 hängt ihre Teilnahmebefugnis vielmehr von der Initiative des Betriebsrats ab (44).

Die gesetzliche Regelung läßt folgende Struktur erkennen: Rechte in der Betriebsverfassung stehen nicht den Gewerkschaften als solchen zu, sondern nur den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften. Ausreichend ist dafür zwar, daß ein Arbeitnehmer des Betriebes Mitglied der Gewerkschaft ist (45), die Gewerkschaft muß jedoch diesen konkreten personellen Bezug zu dem Betrieb aufweisen, in dem sie Rechte wahrnehmen will. Da ihr nach § 31 ein selbständiges Recht nicht zusteht, in der Betriebsratssitzung auf konkrete Sachentscheidungen einzuwirken, kann sie sich ihre Einflußmöglichkeiten nur dann sichern, wenn es ihr bei der Betriebsratswahl gelungen ist, entweder die Mehrheit einer Gruppe von Arbeitern oder Angestellten oder zumindest 1/4 der Mitglieder des Betriebsrats zu stellen. Dann kann sie natürlich zunächst einmal über ihre Mitglieder auf die Willensbildung im Betriebsgremium einwirken. Diese Betriebsratsmitglieder haben überdies gemäß § 31 das Recht, die Zuziehung eines Beauftragten einer im Betriebsrat vertretenen Gewerkschaft zu beantragen. Selbst wenn es jedoch einer Gewerkschaft nicht gelingt, im Betriebsrat ausreichend repräsentiert zu sein, muß sie im Betrieb nicht ohne Einfluß bleiben. Ihr steht nach § 46 Abs.1 auf jeden Fall das Recht zu, an den Betriebsversammlungen teilzunehmen, die der Aussprache zwischen Betriebsrat und Belegschaft und der Unterrichtung der Arbeitnehmer über wesentliche betriebliche Fragen durch den Betriebsrat dienen und deren Zuständigkeit sich mit den

Aufgaben des Betriebsrats deckt (46). Dort können die Gewerkschaftsbeauftragten Anregungen und Stellungnahmen zu der gesamten Tätigkeit des Betriebsrats abgeben und auf Anträge an die Betriebsvertretung gemäß § 45 Satz 2 hinwirken (47). In diesem Zusammenhang kann auch die Zusammenarbeit zwischen Gewerkschaft und Betriebsrat behandelt werden (48). Darüberhinaus dient die Betriebsversammlung nicht nur der Erörterung derjenigen Angelegenheiten, die den engeren betrieblichen Bereich angehen, sondern aller Fragen einer Branche oder eines Wirtschaftsbereiches, die eine Verbindung zum Betrieb aufweisen (49). § 45 nennt ausdrücklich auch Fragen tarifpolitischer Art.

Den Gewerkschaften steht damit ein Weg zur Verfügung, ihre tariflichen Vorstellungen auf der Betriebsebene ausführlich zu erläutern. Es verwundert deshalb nicht, daß sie von diesem Recht ausgiebig Gebrauch machen (50). Zwar hat die Betriebsversammlung kein Weisungsrecht gegenüber dem Betriebsrat. Jedoch werden die Mitglieder des Betriebsrats, der sich über einen von der Mehrheit der Betriebsversammlung (51) gestellten Antrag hinwegsetzt, um ihre Wiederwahl fürchten müssen.

Das Gesetz begnügt sich jedoch nicht mit der Einräumung von Kontroll- und Unterstützungsrechten an die Gewerkschaften. Es verpflichtet auch den Betriebsrat zur Zusammenarbeit mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften.

c) Der Grundsatz des § 2 Abs.1 BetrVG 1972

Nach § 2 Abs.1 sind nicht nur Arbeitgeber und Betriebsrat gehalten, vertrauensvoll zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes zusammenzuarbeiten, vielmehr sieht das Gesetz diese Zusammenarbeit im Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften vor. Anders als im Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, der allgemein als rechtsverbindliches Gebot an die Betriebsparteien verstanden wird (52), sieht eine verbreitete Ansicht die in § 2 angesprochene Zusammenarbeit mit den Verbänden lediglich als unverbindlichen Programmsatz an (53). Soweit eine Verpflichtung anerkannt wird (54), ist ihr Umfang streitig.

aa) Verbindliche Rechtsnorm

Diejenigen, die in § 2 Abs.1 lediglich eine programmatische Richtlinie für einen vom Gesetzgeber gewünschten Zustand, nicht aber eine verbindliche Verpflichtung der Betriebsparteien sehen, berufen sich insbesondere auf das Gesetzgebungsverfahren.

(1) Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung (55) hatte in seinem § 2 Abs.1 folgende Bestimmung vorgeschlagen: "Der Betriebsrat führt seine Aufgaben in Zusammenarbeit mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und mit ihrer Unterstützung durch". Diese Formulierung stand in Einklang mit § 1 Abs.2 des Entwurfs des Deutschen Gewerkschaftsbundes (56), der eine "enge" Zusammenarbeit im Gesetz verankert wissen wollte. Aufgrund einer Absprache der Koalitionsparteien von SPD und FDP vom 24. November 1970 sah der Entwurf der Bundesregierung (57) neben dem Gesetz gewordenen Abs.1 einen zweiten Absatz mit folgendem Inhalt vor: "Der Betriebsrat hat das Recht, seine Aufgaben in Zusammenarbeit mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und mit ihrer Unterstützung durchzuführen". Mit dieser, den Entwürfen der CDU/CSU (§22 Abs.2) (58) und des Bundes Deutscher Arbeitgeber (§2 Abs.2) (59) angeglichenen Fassung sollte den Bedenken der FDP gegen eine zu weitgehende Einflußnahme der Gewerkschaften auf die Betriebsratsarbeit Rechnung getragen werden. In der so geplanten Vorschrift sollte die Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Gewerkschaften hauptsächlich in Abs.2 geregelt werden (60). Auf Empfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales (61) hat der Bundesrat die Streichung des Abs.2 des Regierungsentwurfs mit der Begründung verlangt, daß sich seine Fassung nicht mit Abs.1 in Übereinstimmung bringen lasse: "Wenn dort eine Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat im Zusammenwirken mit Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen verlangt wird, könnte die Einräumung eines dem Betriebsrat allein zustehenden Rechts auf Hinzuziehung der Gewerkschaften deren durch das Gesetz verliehene Unterstützungs- und Kontrollbefugnis in Frage stellen" (62). Der Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung des Bundesrates hat in seinem schriftlichen Bericht (63) die Auffassung vertreten, "daß auch bei Wahrung des Grundsatzes der Aufgabentrennung von Gewerkschaften und Betriebsrat und ihrer gegenseitigen Unabhängigkeit eine innerbetriebliche Zusammenarbeit der Gewerkschaften und des Betriebsrates sachlich geboten ist". Im Gesetz-

gebungsverfahren ist deshalb der gestrichene Absatz 1 nicht als überflüssig (64), sondern als gegenüber der im ersten Absatz postulierten Verpflichtung widersprüchlich empfunden worden.

(2) Die gegenüber dem Wortlaut einschränkende Interpretation des § 2 Abs.1 kann sich auch nicht darauf berufen, der Gesetzgeber habe eine bestimmte Auffassung zur Auslegung des § 49 Abs.1 BetrVG 1952 übernommen.

Zum alten Recht hatten lediglich Nikisch (65) und Dietz (66) die Meinung vertreten, der Betriebsrat sei weder zur Zusammenarbeit verpflichtet, noch werde den Gewerkschaften ein Recht zur Einflußnahme auf das Betriebsgeschehen eingeräumt. Das Gesetz halte lediglich eine ständige Fühlungnahme mit den Koalitionen für erwünscht (67). Demgegenüber hatten Nipperdey-Säcker (68) und Galperin-Siebert (69) ebenso wie das Bundesarbeitsgericht (70) grundsätzlich eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft anerkannt. Die Bedeutung des Gebots sahen Nipperdey-Säcker darin, daß die Betriebsparteien mit den Koalitionen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben Fühlung zu halten hatten, "sie über wichtige Entscheidungen informieren und sie bei Fragen, die deren Interessen betreffen, konsultieren" sollten. Es sei jedoch nicht erforderlich, daß in jedem Einzelfall vor einer innerbetrieblichen Regelung die Verbände hinzugezogen würden (71). Nach Ansicht von Galperin-Siebert handelten Arbeitgeber und Betriebsrat pflichtwidrig, wenn sie versuchten, die Koalitionen von ihrer Zusammenarbeit untereinander auszuschließen. Sie sahen es als Pflicht des Betriebsrats an, bei der Ausübung der Beteiligungsrechte mit den Gewerkschaften zusammenzuarbeiten und sie zu Betriebsversammlungen einzuladen, obwohl § 45 BetrVG nicht ausdrücklich eine Einladungspflicht vorsah (72).

Einigkeit bestand somit im alten Recht lediglich darin, daß die Gewerkschaften aus § 49 Abs.1 BetrVG 1952 kein selbständiges Recht auf Einschaltung in das Betriebsgeschehen ableiten konnten (73). Eine herrschende Meinung, die der Gesetzgeber in das neue Recht hätte übernehmen können und die als Anhaltspunkt für eine Interpretation des § 2 Abs.1 dienen könnte, hat es nicht gegeben.

(3) Letztlich spricht auch ein Vergleich mit dem ebenfalls in § 2

Abs.1 normierten Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber für eine Pflicht des Betriebsrats zur Zusammenarbeit mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften. Bei diesem Gebot ist und war niemals umstritten, daß es sich nicht nur um einen Programmsatz, sondern um unmittelbar geltendes Recht handelt (74). Es ist und war lediglich streitig, ob die Vorschrift als pflichtenschöpfende Generalklausel aufzufassen ist (75) oder lediglich als verbindliche Anweisung an die Betriebsparteien, in welcher Weise sie innerhalb ihres funktionellen Zuständigkeitsbereichs ihre Aufgaben wahrzunehmen haben (76).

Was für das Gebot zur Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber gilt, muß in gleicher Weise für das Zusammenwirken zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft gelten. Aus den Begriffen "Zusammenarbeit" einerseits und "Zusammenwirken" andererseits läßt sich eine unterschiedliche Interpretation beider Rechtspflichten nicht ableiten. Was kann aber der Inhalt einer Verpflichtung zur Zusammenarbeit sein?

bb) Inhalt und Durchsetzung des Gebots

Soweit eine Verpflichtung des Betriebsrats zum Zusammenwirken mit der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft bejaht wird, sind ihr Inhalt und ihr Umfang umstritten. Am weitesten gehen Becker-Leimert, die § 2 Abs.1 als Verpflichtung der Gewerkschaften ansehen, den Betriebsrat auch ohne dessen Initiative zu unterstützen (77). Gnade-Kehrmann-Schneider halten die Gewerkschaft zwar nicht für verpflichtet, aber doch für berechtigt, sich auch ohne Initiative aus dem Betriebsrat in das Betriebsgeschehen einzuschalten (78). Ein solch selbständiges Recht der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft wird jedoch überwiegend auch von denen verneint, die eine Verpflichtung des Betriebsrats zur Zusammenarbeit anerkennen (79). Soweit diese Verpflichtung andererseits jedoch lediglich als Recht des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber angesehen wird, Gewerkschaftsvertreter zu seiner Unterstützung beizuziehen (80), spielt sie als Pflicht gegenüber der Gewerkschaft im Ergebnis keine Rolle mehr. Vermittelnd nimmt deshalb eine andere Ansicht an, der Betriebsrat sei zwar nicht zur "Identifizierung" (81) mit den Gewerkschaften verpflichtet. Er könne vielmehr Art und Weise sowie den Umfang des Kontaktes allein bestimmen. Jedoch sei diese Frage in sein pflichtgemäßes Ermessen gestellt (82). Für Pflichtverletzungen könne der Be-

triebsrat nach § 23 zur Verantwortung gezogen werden (83).

Ausgangspunkt für Überlegungen zur Konkretisierung der Vorschrift muß ihr Wortlaut sein. Anders als in § 2 Abs.2 sind Normadressaten nicht die überbetrieblichen Verbände, sondern die Betriebsparteien. Das Gesetz sieht das Zusammenwirken mit den Verbänden im Rahmen der Zusammenarbeit der Betriebsparteien untereinander vor. Schon daraus folgt, daß mit der Vorschrift weder eine Verpflichtung der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften zur Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat noch den Gewerkschaften selbst ein Recht auf Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat eingeräumt wird (84). Dafür spricht auch § 2 Abs.2, der das Recht auf Zugang selbständig regelt. Diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn sich ein Recht zur Zusammenarbeit bereits aus § 2 Abs.1 für die Gewerkschaften ergäbe (85). Deshalb kann eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft, der etwa ihr Recht auf Teilnahme an einer Betriebsversammlung nach § 46 Abs.1 verwehrt wird, dieses im Verfahren nach § 2 a Abs.1 Nr.1 ArbGG durchsetzen (86), in dem auch die Gewerkschaft, um deren Teilnahme es geht, antragsberechtigt ist (87). Handelt indessen der Betriebsrat seiner Verpflichtung zur Zusammenarbeit zuwider, so kann er lediglich nach § 23 zur Verantwortung gezogen werden, wenn es sich um eine grobe Pflichtverletzung handelt. In diesem Verfahren kann auch eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft beim Arbeitsgericht den Ausschluß eines Mitglieds aus dem Betriebsrat oder die Auflösung des Betriebsrats beantragen (88). Ob eine Pflichtverletzung als grob im Sinne des § 23 Abs.1 anzusehen ist, muß das angerufene Gericht im Einzelfall entscheiden. Eine Einengung der gerichtlichen Entscheidung durch tarifvertragliche Definition gewisser Pflichtverletzungen als grob, anderer als leicht, ist nicht möglich (89).

Die nähere Konkretisierung der Vorschrift kann sich an den Auslegungsmaßstäben orientieren, die zum Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber entwickelt worden sind: Die Norm wirkt danach zunächst als Auslegungsregel bei der Bestimmung von Inhalt und Umfang der sich aus dem Gesetz ergebenden Rechte und Pflichten zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft (90).

Größere Bedeutung erlangt sie jedoch als betriebsverfassungsrechtliche Generalklausel, die über die im Gesetz genannten Verpflichtungen hinaus unmittelbar weitere Verpflichtungen für den Betriebsrat

begründen kann. Das Bundesarbeitsgericht und Teile des Schrifttums haben diese Funktion für den Grundsatz der Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber anerkannt (91). Auch im Bereich des Zusammenwirkens zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft gilt danach: Diese Verpflichtung des § 2 Abs.1 erstreckt sich auf den gesamten Bereich der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Das Zuziehen von Gewerkschaftsbeauftragten steht im pflichtgemäßen Ermessen der Betriebsvertretung (92). Die Nichtzuziehung eines Gewerkschaftsbeauftragten bedeutet deshalb einen Ermessensmißbrauch und kann eine Pflichtverletzung im Sinne des § 23 darstellen, wenn der Betriebsrat seine betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben ohne gewerkschaftliche Beratung nicht ausreichend wahrnehmen kann (93). Darüberhinaus ist der Betriebsrat immer dann gehalten, mit einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft Fühlung zu nehmen, wenn die Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Zuständigkeiten tarifautonome Kompetenzen berührt. Bei Auslegungsschwierigkeiten etwa von Tarifverträgen, welche die Betriebsparteien nach § 2 Abs.1 zu beachten haben, und deren Durchführung der Betriebsrat nach § 80 Abs.1 Nr.1 zu überwachen hat, muß der Betriebsrat der betroffenen Gewerkschaft die Möglichkeit zur Stellungnahme geben. Interessen einer Gewerkschaft sind auch betroffen, wenn der Betriebsrat etwa zwischen zwei Tarifverträgen im Wege des Mitbestimmungsrechts Lohnfragen mit dem Arbeitgeber verhandelt (94). Auch in diesem Fall ist eine vorherige Fühlungnahme mit der zuständigen tarifschließenden Gewerkschaft unverzichtbar.

Ihre Grenze findet die Generalklausel dort, wo Rechtsbeziehungen zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft abschließend normiert sind. Die Berufung auf den Grundsatz kann deshalb kein Recht der Gewerkschaften auf Teilnahme an Betriebsratssitzungen begründen, da die Teilnahme nach § 31 von einer Initiative aus dem Betriebsrat selbst abhängt (95). Überhaupt steht es dem Betriebsrat frei, in welcher Weise er dem Gebot zum Zusammenwirken genügt. Ob er die zuständige Gewerkschaft etwa auf eine Betriebs- oder Abteilungsversammlung einlädt und das entsprechende Thema auf die Tagesordnung setzt oder ob er einen Gewerkschaftsvertreter zu einer Betriebsratssitzung einlädt, unterliegt allein seiner Entscheidung.

Auch wenn man danach im Ergebnis die rechtliche Verpflichtung des Betriebsrats zur Zusammenarbeit mit einer im Betrieb vertretenen Ge-

werkschaft anerkennt, ist das praktische Gewicht der Norm gering: eine Gewerkschaft, die den Betriebsrat mit gerichtlicher Hilfe zum Zusammenwirken zwingen muß, ist offenbar im Betrieb ohne Einfluß geblieben.

Damit sind auch bereits die Grenzen gewerkschaftlicher Einflußnahme auf die Betriebsratstätigkeit außerhalb der Tarifvorbehalte der §§ 77 Abs.3, 87 Abs.1 Satz 1 aufgezeigt. Da der Beauftragte einer im Betriebsrat vertretenen Gewerkschaft auch nach § 31 lediglich ein Beratungsrecht hat, ist es zulässig, daß der Betriebsrat eine Maßnahme auch gegen den Willen der Gewerkschaft durchführt. Die Gewerkschaft kann zwar auf allen Ebenen der Betriebsverfassung ihre Vorstellungen zu den aufgegebenen Sachfragen vortragen. Dabei kommt es jedoch allein auf die Überzeugungskraft der Argumente an. Eine Bindung der Betriebsparteien an die Zustimmung von Gewerkschaften kennt das Gesetz nicht.

Über die Schranken des § 4 Abs.3 TVG und der Tarifvorbehalte der §§ 77 Abs.3, 87 Abs.1 hinaus sieht das Betriebsverfassungsgesetz keine inhaltliche Bindung von Arbeitgeber und Betriebsrat an tarifliche Entscheidungen vor. Es verträgt sich weder mit den einzelnen Kooperationspflichten zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft noch mit dem gegenständlichen Sperrbereich der Tarifvorbehalte, wenn die Betriebsparteien über eine Gemeinwohlbindung verpflichtet werden, "das Interesse an einer funktionsfähigen tariflichen Regelbarkeit der tarifüblichen Gegenstände zu berücksichtigen" (96). Selbst wenn die Bindung der Betriebsparteien an das Gemeinwohl, die in § 49 Abs.1 BetrVG 1952 ausdrücklich erwähnt war, aus gesetzestechnischen Gründen und im übrigen nur deshalb weggefallen ist, weil Betriebsrat und Arbeitgeber ohnedies durch die Prinzipien des Sozialstaats an sozialpflichtiges Handeln gebunden sind (97), kann damit eine inhaltliche Einengung der Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte nicht begründet werden. Durch die Kooperationsverpflichtungen zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft und - wie sogleich zu zeigen sein wird - die Tarifvorbehalte im Mitwirkungs- und Mitbestimmungsbereich wird das Interesse an einer funktionsfähigen Tarifautonomie vom Betriebsverfassungsgesetz ausreichend und abschließend berücksichtigt. Eines Rückgriffs auf die Gemeinwohlbindung bedarf es deshalb nicht.

III Zwischenergebnis

Verbindungen zwischen Tarifautonomie und Betriebsverfassung werden durch gesetzliche Kooperationspflichten und durch Tarifvertrag hergestellt. Während das Gesetz zwischen dem Arbeitgeber als Organ der Betriebsverfassung und seinem Verband keine über innerverbandliche Rechtsbeziehungen hinausgehenden Rechte und Pflichten schafft, können die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften schon bei der Errichtung des Betriebsrats mitwirken und die Wahl durch Werbung beeinflussen. Ist der Betriebsrat gewählt, können sie auf seine Willensbildung einwirken. Dazu zählt insbesondere das Recht, unter den Voraussetzungen des § 43 Abs.4 die Einberufung einer Betriebsversammlung zu beantragen, das selbständige Teilnahme- und Beratungsrecht nach § 46 Abs.1, sowie die Möglichkeit, nach § 31 auf Einladung des Betriebsrats an einer Betriebsratssitzung teilzunehmen. Die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften können deshalb auf allen Ebenen des Betriebes ihre tarifpolitischen Vorstellungen über die Regelung der Arbeitsbedingungen vortragen und damit Einfluß auf die betriebliche Gestaltungsbefugnis nehmen. Der Betriebsrat ist seinerseits zur Zusammenarbeit mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften verpflichtet, § 2 Abs.1. Er hat insbesondere bei Fragen, die die Tarifpolitik berühren, mit den Gewerkschaften Fühlung zu nehmen. Gewerkschaften, die ihre Rechte in der Betriebsverfassung wahrnehmen, können danach Konflikte zwischen Tarif- und Betriebsautonomie vielfach bereits im Vorfeld divergierender Vereinbarungen ausräumen.

Eine Bindung betrieblicher Entscheidungsprozesse ist jedoch nur durch Tarifvertrag möglich. Dabei scheidet der schlichte tarifliche Ausschluß von Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten als unzulässiger Eingriff in die Struktur der Betriebsverfassung aus. Die Tarifparteien können betriebliche Entscheidungen nur dann an sich ziehen, wenn dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Besonders wichtig ist insoweit das Recht der Tarifparteien, eine betriebliche Einigungsstelle durch eine tarifliche Schlichtungsstelle zu ersetzen und damit die Entscheidung mitbestimmungspflichtiger Streitfragen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat an sich zu ziehen. Soweit ein Tarifvertrag lediglich eine Arbeitsbedingung selbst regelt, ist eine Abweichung durch Betriebsvereinbarung gemäß § 4 Abs.3 TVG zulässig. Vor diesem Hintergrund sind nunmehr die engeren Schranken der Betriebsautonomie zugunsten tarifvertraglicher Kompetenzen, die Tarifvorbehalte der §§ 77 Abs.3 und 87 Abs.1 Halbsatz 1 zu sehen.

E Der gegenständliche Geltungsbereich des § 77 Abs. 3

Nach § 77 Abs.3 können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein, wenn nicht ein Tarifvertrag den Abschluß ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zuläßt. Damit bestätigt das Gesetz zunächst den Grundsatz, daß Betriebsvereinbarungen über Arbeitsbedingungen, zu deren Regelung die Tarifparteien keine Notwendigkeit gesehen haben, der Zuständigkeit der Betriebsparteien innerhalb der allgemeinen Grenzen der Betriebsautonomie obliegen. Den Betriebsparteien steht es frei, in dem noch nicht tariflich besetzten Raum normativ die Arbeitsbedingungen festzulegen und damit auch Impulse für die Tarifpolitik zu geben. Die Tarifparteien haben es jedoch in der Hand, über ihre Zuständigkeit zur Normierung von Mindestarbeitsbedingungen nach § 4 Abs.3 TVG hinaus die Zuständigkeit der Betriebsparteien weitgehend auszuschließen.

Nach einer verbreiteten Ansicht soll die Regelungssperre des § 77 Abs.3 jedoch nur für einen gegenständlich abgrenzbaren Teil von Arbeitsbedingungen, nämlich die materiellen Arbeitsbedingungen gelten (1). Bei der Normierung formeller Arbeitsbedingungen sollen die Betriebsparteien allein durch das Unabdingbarkeitsprinzip des § 4 Abs.3 TVG eingeschränkt sein. Wie schon bei der betrieblichen Mitbestimmung ist damit erneut die Frage zu stellen, ob es für die Abgrenzung tariflicher und betrieblicher Zuständigkeiten auf die Unterscheidung bestimmter Regelungsgegenstände ankommt. Für das Verständnis dieser Frage ist es jedoch unerlässlich, sich die einzelnen Funktionen des § 77 Abs.3 vor Augen zu halten, die deshalb zunächst kurz vorgestellt werden.

I Überblick über die Normfunktionen

1. Ausschuß des Günstigkeitsprinzips zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung

Die Zuständigkeit der Betriebsparteien zur Regelung einer Arbeitsbedingung wird nach § 77 Abs.3 nicht erst beseitigt, wenn die Tarifparteien üblicherweise die Normierung einer Arbeitsbedingung

übernommen haben. Sie entfällt vielmehr bereits dann, wenn ein Tarifvertrag erstmalig diese Arbeitsbedingung regelt. Da diese Materie dann nicht mehr "Gegenstand" einer Betriebsvereinbarung sein kann, entfällt damit insbesondere die Zuständigkeit der Betriebsparteien zu einer gegenüber dem Tarifvertrag für die Arbeitnehmer des Betriebes günstigeren normativen Regelung der Arbeitsbedingungen. Damit schließt § 77 Abs.3 für das Verhältnis von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung das Günstigkeitsprinzip aus und regelt die Kompetenzen nach dem Ablösungsprinzip. Deshalb gilt seine Sperrwirkung auch für vortarifliche Betriebsvereinbarungen (2).

2. Verbot von Außenseiterschutz

Eine Arbeitsbedingung ist auch dann "Gegenstand" einer Betriebsvereinbarung, wenn die Betriebsvereinbarung sich darauf beschränkt, lediglich die tarifliche Regelung einer Arbeitsbedingung zu übernehmen. Denn es kann keinen Unterschied machen, ob die Betriebsvereinbarung sich bei der Regelung einer Arbeitsbedingung ausdrücklich auf einen Tarifvertrag bezieht oder ob sie lediglich eine gleichlautende Regelung trifft, ohne den Tarifvertrag als Quelle zu nennen. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs sollte gerade mit diesem gegenüber § 59 BetrVG 1952 geänderten Wortlaut verhindert werden, "daß der persönliche Geltungsbereich von Tarifverträgen auf einem anderen als dem hierfür vorgesehenen Weg der Allgemeinverbindlicherklärung nach dem Tarifvertragsgesetz ausgedehnt wird" (3).

Obwohl die Gesetzesmaterialien sich eindeutig gegen eine Übernahme tariflicher Regelungen durch Betriebsvereinbarungen aussprechen, wird diese Frage weiterhin kontrovers diskutiert. Während einige Autoren der amtlichen Begründung ohne weiteres folgen (4), andere es für fraglich halten, ob das Bundesarbeitsgericht ihr folgen werde (5), halten wiederum andere (6) eine Übernahme tariflicher Bestimmungen durch Betriebsvereinbarungen wie zu § 59 BetrVG 1952 für zulässig. Rechtsprechung und herrschende Meinung zu § 59 BetrVG 1952 (7) hatten nämlich die unveränderte Übernahme einer tariflichen Regelung durch Betriebsvereinbarung für unbedenklich gehalten, da die Ausstrahlung des Tarifvertrages dadurch nicht gefährdet, sondern stabilisiert werde (8). Der Vorrang der Tarifautonomie vor der betrieb-

lichen Regelung werde bestätigt, das Tarifmonopol der Tarifparteien bleibe unberührt (9), die Übernahme habe deshalb keine selbständige sozialpolitische Bedeutung (10).

Diese Auslegung des Gesetzes entsprach jedoch nicht der Auffassung der Gewerkschaften, die dadurch ihre Interessen beeinträchtigt sahen. Sie wollten verhindern, daß die oft erst nach langen Auseinandersetzungen erzielten Ergebnisse der Tarifverhandlungen auf dem Umweg über die Betriebsvereinbarung den nicht organisierten Arbeitnehmern zugute kommen (11). Auf diesen Umstand hatte auch die frühere Mindermeinung (12) hingewiesen. Die Tarifparteien sollten selbst entscheiden, ob sie die Verbreitung der tariflichen Bestimmung auf Außenseiter wünschten, sonst drohe die Gefahr, daß für die Arbeitnehmer der Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt beseitigt werde (13).

Nun hat zwar der Gesetzgeber den vom Wortlaut her noch eindeutigeren Gesetzesvorschlag des Entwurfs des Deutschen Gewerkschaftsbundes nicht übernommen, nach dem "Betriebsvereinbarungen, welche die Anwendung tariflicher Regelungen auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer ausdehnen", ausdrücklich für unzulässig erklärt wurden (14). Jedoch steht auch der Wortlaut des § 77 Abs.3, ebenso wie übrigens bereits der des § 59 BetrVG 1952 (15), einer Übernahme von Tarifverträgen oder von Tarifbestandteilen durch Betriebsvereinbarungen entgegen. Angesichts des im Gesetzgebungsverfahren klar zutage getretenen Willens des Gesetzgebers erscheint eine Korrektur des Wortlauts im Wege teleologischer Reduktion, wie sie zu § 59 BetrVG 1952 gehandhabt wurde, unhaltbar. Diese Methode ist nur anwendbar, wenn das Gesetz einen Kreis von Fällen umfassen will und auch umfaßt, dann aber ein Fall hervortritt, der zwar unter die Regel fällt, für den sie aber unpassend, vielleicht sogar unvernünftig erscheint, so daß der Gesetzgeber, wenn er diesen Fall gekannt und bedacht hätte, ihn nicht unter die Regel gestellt haben würde (16). Da der Gesetzgeber den Fall der Übernahme eines Tarifvertrages durch Betriebsvereinbarung gerade im Auge gehabt hat, ist eine Korrektur des Gesetzes im Wege richterrechtlicher Wertung unzulässig.

Gegen die Zulässigkeit der Übernahme bestehen ferner Bedenken unter dem Gesichtspunkt der funktionellen Zuständigkeit des Betriebsrats. Denn die Betriebsparteien werden bei der Übernahme einer tariflichen

Regelung durch Betriebsvereinbarung lediglich im Interesse der nicht organisierten Arbeitnehmer des Betriebes tätig. Der Betriebsrat ist aber nach § 5 Abs.1 der Repräsentant aller Arbeitnehmer des Betriebes mit Ausnahme derjenigen Personen, die in § 5 Abs.2 und 3 abschließend aufgezählt sind. Er ist deshalb grundsätzlich nicht dazu berufen, Gruppeninteressen zu vertreten. Seine Aufgabe besteht vielmehr in der Wahrnehmung der Gesamtinteressen der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber, §§ 2 Abs.1, 80 Abs.1 Nr.2. Dem entspricht es, daß die Zusammensetzung des Betriebsrats die Belegschaftsstruktur widerspiegeln soll, § 15, und die Interessen von Minderheitsgruppen bei der Zusammensetzung des Betriebsrates zu berücksichtigen sind, §§ 10 und 12. Aus dieser Funktion des Betriebsrates in Verbindung mit dem Gleichheitsgebot des § 75 Abs.1, das auch für den normativen Inhalt einer Betriebsvereinbarung gilt (17), folgt, daß eine Betriebsvereinbarung grundsätzlich einheitliches Recht im Betrieb setzen soll, sofern nicht das Gesetz dem Betriebsrat die Förderung besonderer Gruppeninteressen vorschreibt wie in § 80 Abs.1 Nr.4, 5, 6 und 7, oder arbeitsplatzspezifische Merkmale eine Sonderregelung für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern notwendig machen. Eine Gruppe von Arbeitnehmern in diesem Sinne muß sich jedoch als ein nach gemeinsamen objektiven und sachlichen Kriterien abgrenzbarer Personenkreis innerhalb des Betriebes darstellen. Gruppenspezifische Differenzierungen müssen sachlich zu rechtfertigen sein (18). Da die Organisationszugehörigkeit eines Arbeitnehmers jedoch kein gruppenspezifisches betriebliches Merkmal darstellt, sind weder die organisierten noch die nicht organisierten Arbeitnehmer als Gruppe im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes anzusehen. Es ist dem Betriebsrat deshalb verwehrt, lediglich im Interesse der organisierten oder der nicht organisierten Arbeitnehmer tätig zu werden. Eine Betriebsvereinbarung, die, wie im Regelfall der Übernahme, nur für nicht organisierte Arbeitnehmer gelten soll, ist somit in den meisten Fällen bereits aus diesem Grunde unzulässig (19).

3. Verhinderung von Störungen der Tarifpolitik

Die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 tritt ein, wenn eine Arbeitsbedingung durch einen bestimmten Tarifvertrag geregelt ist oder, falls ein Tarifvertrag nicht besteht, zumindest üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt wird. Schon aus dem Wortlaut, der auf die Regelung einer Arbeitsbedingung durch einen Tarifvertrag, nicht aber auf die

Geltung dieser Regelung abstellt, ergibt sich, daß das Gesetz die Sperrwirkung nicht an der Wirkung der Rechtsnormen eines Tarifvertrages nach § 4 Abs.1 TVG orientiert (20). Nach herrschender Meinung kommt es deshalb zu Recht weder darauf an, ob der Arbeitgeber dem persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages kraft Tarifbindung unterliegt, noch, ob ein Arbeitnehmer oder die Mehrzahl der Arbeitnehmer des Betriebes tarifgebunden sind (21). Die Richtigkeit dieser Ansicht folgt ferner aus der Gleichstellung einer bestehenden und einer im Augenblick nicht bestehenden, aber üblichen Tarifregelung hinsichtlich der Sperrwirkung. Wenn schon eine nur übliche Tarifregelung einer Arbeitsbedingung die Zuständigkeit der Betriebsvereinbarungsparteien beseitigt, wäre es nicht sinnvoll, für eine bestehende Tarifregelung, die lediglich mangels Tarifbindung für die Arbeitsverhältnisse eines Betriebes keine Wirkung entfaltet, engere Voraussetzungen zu verlangen (22). Schon aus praktischen Erwägungen muß die bestehende Tarifregelung jedoch betriebliche Anknüpfungspunkte aufweisen. Denn den Betriebsparteien können nicht sämtliche Tarifverträge des Bundesgebietes bekannt sein. Der Betrieb muß deshalb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen (23).

Üblich ist eine Tarifregelung, wenn sie sich eingebürgert hat (24), wenn also mehrere aufeinanderfolgende Tarifverträge dieselbe Arbeitsbedingung geregelt haben oder ein Tarifvertrag schon längere Zeit gilt (25).

Die Zuständigkeit der Betriebsparteien zur Normsetzung entfällt also nach § 77 Abs.3, wenn ein Tarifvertrag erstmals eine bestimmte Materie geregelt hat und der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fällt. Nach dem Ablauf des Tarifvertrages bleibt die Sperrwirkung bis zum Abschluß eines neuen nur dann erhalten, wenn die Materie üblicherweise tariflich geregelt wird. Bei erstmaliger, noch nicht üblicher Regelung bleibt der Tarifvertrag zwar kraft Nachwirkung gemäß § 4 Abs.5 TVG bestehen, entfaltet aber keine Sperrwirkung mehr. Eine einmalige Tarifregelung würde sonst nach ihrem Ablauf bereits kraft Nachwirkung die Zuständigkeit der Betriebsparteien ausschließen. Die Tarifparteien hätten eine Betriebsvereinbarung unmöglich gemacht ohne selbst eine neue Regelung treffen zu

müssen (26).

Die betriebliche Regelungskompetenz lebt wieder auf, wenn die Tarifregelung nicht mehr üblich ist. Das ist etwa dann der Fall, wenn die Koalitionen längere Zeit einen Gegenstand nicht mehr geregelt haben, unter Umständen auch schon dann, wenn sie ihn erstmals nicht mehr regeln und zu erkennen geben, daß sie ihn auch in Zukunft nicht mehr regeln wollen (27).

Gelten diese Grundsätze nun für sämtliche tariflich regelbaren Arbeitsbedingungen oder nur für einen gegenständlich abgrenzbaren Bereich, den der materiellen Arbeitsbedingungen?

II Meinungsstand zum gegenständlichen Geltungsbereich

Die Einschränkung der Zuständigkeit der Betriebsparteien zur Normierung von Arbeitsbedingungen durch tarifliche oder tarifübliche Regelung bezieht sich nach dem Wortlaut des Gesetzes zunächst auf das Arbeitsentgelt. Darunter ist neben jeder in Geld zahlbaren Vergütung und Sachleistung nach dem von Bundesarbeitsgericht zu § 87 Abs.1 Nr. 10 entwickelten weiten Lohnbegriff (28) jede vermögenswerte Leistung des Arbeitgebers zu verstehen (29).

Die Sperrwirkung bezieht sich ferner auf "sonstige Arbeitsbedingungen". Nach verbreiteter Ansicht sind unter diesen Arbeitsbedingungen nur die materiellen Arbeitsbedingungen zu verstehen (30). Die formellen Arbeitsbedingungen, die sich mit der Ordnung des Betriebes und dem Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb sowie mit der Art der Erbringung der gegenseitigen Leistungen im Arbeitsverhältnis befassen, sollen an der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 nicht teilhaben. Die Anhänger dieser Lehre berufen sich zunächst auf den Umstand, daß der Wortlaut des § 77 Abs.3 gegenüber § 59 BetrVG 1952 insoweit unverändert geblieben ist. Deshalb müsse davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber an der fast einhelligen Ansicht, daß § 59 BetrVG 1952 sich ebenfalls lediglich auf materielle Arbeitsbedingungen bezogen habe (31), habe festhalten wollen (32). Die Begründungen sind deshalb auch durchweg aus Rechtsprechung und Literatur zu § 59 BetrVG 1952, bekannt. Ebenso wie damals stützt man sich heute zunächst auf den Wortlaut und folgert aus der Zusammen- und Gegenüberstellung der Begriffe des Arbeitsentgelts und der sonstigen Arbeits-

bedingungen, daß mit den sonstigen Arbeitsbedingungen entgeltähnliche Angelegenheiten gemeint sind (33). Im übrigen sollen die formellen Arbeitsbedingungen von der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 nicht erfaßt werden, weil sie damit der betrieblichen Regelung zu weit entzogen werden. Dies sei jedoch mit dem Charakter der formellen Arbeitsbedingungen, die sich gerade nach den Verhältnissen des einzelnen Betriebes richten müßten, nicht verträglich (34). Dem Betriebsverfassungsgesetz liege das Prinzip zugrunde, daß die formellen Arbeitsbedingungen im Zweifel in die Hand der Betriebsparteien gehörten und deshalb auch zur Zuständigkeit des Betriebsrats zählten (35). Die Ausgestaltung dieser Arbeitsbedingungen sei keinesfalls die vorrangige Sachaufgabe der Tarifparteien (36). Tarifverträge seien häufig zur Regelung der jeweiligen betrieblichen Ordnung ungeeignet und unüblich (37). Eine übliche Ordnung komme überhaupt nur bei den materiellen Arbeitsbedingungen in Betracht (38).

Letztlich ist im alten Recht die Beschränkung der Sperrwirkung des § 59 BetrVG 1952 aus der Sicht des § 56 Abs.1 BetrVG 1952, der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, begründet worden. Die Sperrwirkung des § 59 BetrVG 1952 konnte nicht schlechthin für sämtliche Arbeitsbedingungen gelten, da man überwiegend annahm, die Vorschrift sei auch auf die Mitbestimmungsrechte des § 56 Abs.1 BetrVG 1952 anwendbar. Bei einer Erstreckung der Sperrwirkung des § 59 BetrVG 1952 auf formelle Arbeitsbedingungen wäre damit der Tarifvorbehalt des § 56 Abs.1 BetrVG 1952 sinnlos geworden. Denn man ging unausgesprochen davon aus, daß § 59 BetrVG 1952 nicht nur die Zuständigkeit zum Abschluß einer Betriebsvereinbarung, sondern das Mitbestimmungsrecht selbst ausgeschlossen hat. Das Privileg der Tarifparteien konnte deshalb von vornherein nur auf einen beschränkten Kreis von Arbeitsbedingungen gerichtet sein (39). Die Definition dieses Bereichs wurde aus dem funktionalen Verhältnis von Tarifautonomie und Betriebsverfassung hergeleitet (40). Da den Koalitionen ein Kernbereich verbandsmäßiger Lohngestaltung garantiert sei, müsse die Regelung der überbetrieblichen Arbeitsbedingungen als das Privileg der Tarifparteien angesehen werden. Dieses dürfe durch betriebliche Lohnpolitik nicht gestört werden. Der typische Gegenstand der Betriebsverfassung sei andererseits die Gestaltung der besonderen betrieblichen Ordnung des Arbeitsablaufs, die tariflich nicht zu weit eingeschränkt werden dürfe.

Heute wird das Verhältnis der Tarifvorbehalte der §§ 77 Nr.3 und 87 Nr.1, wie später noch zu erörtern sein wird, differenzierter gesehen (41). Auch das Verhältnis von Tarifautonomie und Betriebsverfassung hat sich durch die Erweiterung der Mitbestimmung auf materielle Arbeitsbedingungen geändert (42). Hier findet deshalb die Gegenansicht (43) ihren Anknüpfungsspunkt. Sie geht davon aus, daß mit der Erstreckung der Mitbestimmung auf materielle Angelegenheiten im Katalog des § 87 Abs.1 die Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen beseitigt sei und auch im Bereich des § 77 Abs.3 nicht mehr verwandt werden könne. Nach dieser Auffassung bezieht sich die Sperrwirkung auf sämtliche Arbeitsbedingungen. Allerdings wird die Anwendung des § 77 Abs.3 im Bereich der Mitbestimmung nach § 87 Abs.1 für zu weitgehend gehalten (44). Deshalb sind "sonstige Arbeitsbedingungen" im Ergebnis die Angelegenheiten, die nicht Gegenstand eines Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs.1 sind (45).

Sicher spielt für die Auslegung des § 77 Abs.3 auch eine Rolle, wie sein Verhältnis zur Mitbestimmung und besonders zum Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 bestimmt wird. Zunächst stellt sich jedoch die Frage, ob nicht durch Wortlaut, Systematik und Normzweck eine bestimmte Auslegung vorgegeben ist.

III Wortlaut und Gesetzssystematik

1. Der Begriff der Arbeitsbedingung

Der Begriff der Arbeitsbedingung wird vom Gesetz nicht definiert. Der allgemeine Sprachgebrauch versteht darunter sämtliche Bedingungen, unter denen die abhängige Arbeit zu erbringen ist, von der Höhe des Arbeitsentgelts bis zum Betriebsklima (46). Ein so weit gefaßter Terminus ist für die Rechtssprache freilich nicht verwendbar. Im juristischen Sinne können mit Arbeitsbedingungen deshalb nur solche Bedingungen gemeint sein, die auf das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einwirken. Arbeitsbedingungen sind danach der Inbegriff aller Faktoren, die auf das Arbeitsverhältnis im Wege von Individualverträgen, Gesamtvereinbarungen und staatlichen Gesetzen

einwirken (47). In diesem Sinne wird der Begriff auch bei Art.9 Abs.3 GG verwandt (48), während man unter den dort weiter genannten Wirtschaftsbedingungen die Faktoren versteht, welche die allgemeinen wirtschaftlichen und sozialpolitischen Verhältnisse erfassen (49). Der Begriff der Arbeitsbedingung umfaßt deshalb sowohl diejenigen Bedingungen, die unmittelbar das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im Arbeitsverhältnis berühren, die materiellen Arbeitsbedingungen, wie diejenigen Bedingungen, welche die Art der Erbringung der Arbeitsleistung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb bestimmen, die formellen Arbeitsbedingungen. Es ist deshalb zumindest sprachlich ungenau, wenn das Bundesarbeitsgericht gelegentlich die Regelung der Arbeitsbedingungen und die Regelung der Ordnung des Betriebes nebeneinander genannt hat (50) und wenn im schriftlichen Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales zu lesen ist, daß der Begriff der Arbeitsbedingung im allgemeinen im Sinne von materiellen Arbeitsbedingungen verstanden wird (51).

Da § 77 Abs.3 die Sperrwirkung üblicher und bestehender Tarifregelungen auf Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen beschränkt, werden von der Vorschrift solche durch Betriebsvereinbarung regelbare Fragen nicht erfaßt, die nicht Arbeitsbedingungen sind. Dabei handelt es sich um Angelegenheiten, in denen die Betriebsparteien nicht die Arbeitsverhältnisse gestalten, sondern etwa die Betriebsverfassung abweichend von den gesetzlichen Vorschriften regeln (52), zum Beispiel die Zusammensetzung des Gesamtbetriebsrats oder des Konzernbetriebsrats nach § 47 Abs.4 oder § 55 Abs.4.

Geht es jedoch um die Regelung einer Arbeitsbedingung, so erstreckt sich die Sperrwirkung auf sämtliche Arbeitsbedingungen, falls keine Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung gefunden werden.

2. Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung

Für eine einschränkende Auslegung des Begriffs der Arbeitsbedingungen kommen mehrere Anknüpfungspunkte in Betracht. Zunächst nennt das Gesetz die sonstigen Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit dem Arbeitsentgelt, einem unbestrittenen Schwerpunkt der Tarifpolitik. Ferner ist der Gesetzgeber offenbar davon ausgegangen, daß eine übliche Tarifregelung der sonstigen Arbeitsbedingungen möglich ist. Insoweit könnte für die Auslegung des Begriffs die Tarifpraxis eine Rolle spie-

len. Letztlich ist eine Auslegung von der Terminologie des Tarifvertragsgesetzes her denkbar, das bei der Wirkung von Rechtsnormen auf die Art der geregelten Materie abstellt und Inhalts- und Abschlußnormen einerseits sowie Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen andererseits unterscheidet.

a) Arbeitsentgelt und sonstige Arbeitsbedingungen

aa) Inhaltlicher Vergleich

Das Gesetz erstreckt die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 nicht schlechthin auf Arbeitsbedingungen, die tariflich oder üblicherweise tariflich geregelt werden, sondern nennt ausdrücklich das Arbeitsentgelt. Daraus wird gefolgert, daß mit den sonstigen Arbeitsbedingungen nur entgeltähnliche Arbeitsbedingungen gemeint sein können (53). Dietz (54) hat in diesem Zusammenhang auf die Auslegung des § 823 Abs.1 BGB hingewiesen, die unter den sonstigen Rechten ebenfalls eigentumsähnliche absolute Rechte versteht (55).

Für die dargestellte Argumentation spricht zunächst die explizite Erwähnung des Arbeitsentgelts. Versteht man nämlich unter den sonstigen Arbeitsbedingungen sämtliche Arbeitsbedingungen außer dem Arbeitsentgelt, so kommt dem Begriff Arbeitsentgelt lediglich deklaratorische Bedeutung zu. Andererseits ist jedoch nicht auszuschließen, daß der Gesetzgeber mit dem Arbeitsentgelt lediglich einen ihm besonders wichtigen Schwerpunkt der Tarifpolitik genannt hat, ohne daraus Schlüsse auf die Definition der sonstigen Arbeitsbedingungen zu ziehen (56).

Der Vergleich mit der Auslegung des "sonstigen Rechts" in § 823 Abs.1 BGB vermag jedenfalls nicht zu überzeugen. Zwar erklärt die herrschende Meinung das "sonstige Recht" des § 823 Abs.1 BGB aus der gedanklichen Verbindung zum Eigentum und nimmt deshalb an, daß nur eigentumsähnliche Rechte deliktischen Schutz genießen (57). Die Auslegung kann dabei jedoch auf die dem bürgerlichen Recht bekannte Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Rechten zurückgreifen, während die Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen in Bereich des § 77 Abs.3 erst aus Anlaß der Auslegung dieser Vorschrift gebildet wird.

Im alten Recht ist allerdings die Lehre von den materiellen und formellen Arbeitsbedingungen auch historisch gerechtfertigt worden. Besonders Siebert (58) und Nipperdey (59) haben darauf hingewiesen, daß man schon während der Geltung des Betriebsrätegesetzes von 1920 materielle und formelle Arbeitsbedingungen unterschieden habe und daß diese Unterscheidung in das Gesetz von 1952 eingegangen sei. Da der Wortlaut des § 77 Abs.3 insoweit gegenüber § 59 BetrVG 1952 unverändert geblieben ist, könnte diese Auffassung auch für das heutige Recht gelten.

Alfred Hueck hat den Begriff der materiellen Arbeitsbedingungen in die wissenschaftliche Diskussion zur Kennzeichnung der in § 78 Nr.2 BRG geregelten Angelegenheiten eingeführt (60). Nach dieser Vorschrift hatte der Betriebsrat die Aufgabe, "bei der Regelung der Löhne und sonstigen Arbeitsverhältnisse" mitzuwirken. Den Begriff "Lohn und Arbeitsverhältnisse" hatte das Betriebsrätegesetz seinerseits aus § 152 GewO übernommen. Dort war er allerdings zur Beschreibung des Aufgabenkreises der Koalitionen verwandt worden (61). Soweit man den Abschluß einer Betriebsvereinbarung in den Angelegenheiten des § 78 Nr.2 BRG überhaupt zuließ (62), konnte diese jedenfalls nicht erzwungen werden. Hingegen konnte eine Betriebsvereinbarung über die Arbeitsordnung und die sonstigen Dienstvorschriften nach den §§ 66 Nr.5, 75, 78 Nr.3, 80 BRG durch die verbindliche Entscheidung des Schlichtungsausschusses, welcher in etwa der heutigen Einigungsstelle entsprochen hat, herbeigeführt werden. Zu diesen Angelegenheiten rechnete die damals herrschende Auffassung Bestimmungen über die äußere Form der Arbeitsleistung, der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb (63).

Die in § 78 Nr.2 BRG genannten "Löhne und sonstigen Arbeitsverhältnisse", hat Alfred Hueck als materielle Arbeitsbedingungen bezeichnet. Damit sollten alle Normen gemeint sein, die nicht Dienstvorschriften waren. Eine scharfe Unterscheidung in jedem Einzelfall sollte jedoch nicht durchführbar sein (64). Ähnlich hat Nipperdey unter den materiellen Arbeitsbedingungen den gesamten denkbaren Inhalt des Arbeitsvertrages verstanden (65). Der mögliche Inhalt einer Betriebsvereinbarung über Angelegenheiten des § 78 Nr.2 BRG sollte sich mit dem normativen Teil des Tarifvertrages decken, der vor Inkrafttreten des Tarifvertragsgesetzes allerdings nicht die Solidarnormen und die

normative Regelung der Arbeitsordnung enthalten konnte (66).

Unter der Geltung des Betriebsrätegesetzes von 1920 (67) diente die Unterscheidung zwischen materiellen Arbeitsbedingungen und Dienstvorschriften also im wesentlichen der Abgrenzung zwischen der erzwingbaren Arbeitsordnung einerseits und den Arbeitsbedingungen, die von Arbeitgeber und Betriebsrat nur freiwillig geregelt werden konnten. Der Begriffsinhalt der materiellen Arbeitsbedingungen war erheblich weiter als er unter der Geltung des Betriebsverfassungsgesetzes von 1952 formuliert worden ist. Nach der damaligen Definition mußten unter materiellen Arbeitsbedingungen auch solche Arbeitsbedingungen verstanden werden, welche die Art und Weise der Erfüllung der gegenseitigen Pflichten im Arbeitsverhältnis zum Gegenstand hatten, etwa Art und Zeitpunkt der Lohnzahlung als Arbeitgeberverpflichtung oder Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit als Arbeitnehmerverpflichtung. Dabei hat es sich um Bedingungen gehandelt, die während der Geltung des Betriebsverfassungsgesetzes von 1952 als formelle Arbeitsbedingungen angesehen worden sind (68). Der Begriff der formellen Arbeitsbedingungen war nicht anerkannt (69)

Es kann heute dahinstehen, ob sich Rechtsprechung und Lehre bei der Auslegung des § 59 BetrVG 1952 auf ein überkommenes Begriffsinstrumentarium stützen konnten (70). Es fällt jedenfalls auf, daß unter der Geltung beider Gesetze die Abgrenzung zu den mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten wesentlich war: die "Löhne und sonstigen Arbeitsverhältnisse" des § 78 Nr.2 BRG waren als materielle Arbeitsbedingungen sämtliche Arbeitsbedingungen mit Ausnahme der erzwingbaren Dienstvorschriften des § 78 Nr.3 BRG. Die materiellen Arbeitsbedingungen des § 59 BetrVG 1952 waren zumindest im Ergebnis ebenfalls nicht diejenigen Arbeitsbedingungen, die nach § 56 Abs.1 BetrVG 1952 der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterlagen.

Diese Funktion der Lehre von den formellen und materiellen Arbeitsbedingungen ist jedoch im heutigen Recht nach der Erweiterung des Mitbestimmungskatalogs auf materielle Angelegenheiten (71) entfallen. Angesichts der geänderten Rechtslage kann deshalb nicht ohne weiteres angenommen werden, der Gesetzgeber habe, weil der Wortlaut des § 77 Abs.3 hinsichtlich der Gegenstände der Sperrwirkung unverändert geblieben sei, auch die herkömmlichen Begriffsinhalte akzeptiert. Zwar ist eine Auslegung der sonstigen Arbeitsbedingungen im Sinne von

entgeltähnlichen Arbeitsbedingungen vom Wortlaut her nicht ausgeschlossen. Diese Auslegung ist jedoch keineswegs zwingend.

bb) Tarifrrechtlicher Vergleich

Schon unter der Geltung des Betriebsverfassungsgesetzes von 1952 haben Fitting und Auffarth die Ansicht vertreten, mit den sonstigen Arbeitsbedingungen des § 59 BetrVG 1952 seien alle Bestimmungen gemeint, die zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses gehörten und die deshalb Gegenstand von Inhaltsnormen eines Tarifvertrages sein könnten. Diese nicht näher begründete Auffassung ist auch bei der Kommentierung des neuen Gesetzes beibehalten worden (72). Der Vorrang des Tarifvertrages und der tarifüblichen Regelung einer Arbeitsbedingung soll deshalb nicht bei den Abschlußnormen sowie den Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen greifen (73).

Im Wortlaut des § 77 Abs.3 findet diese Ansicht nur bezüglich der Betriebsverfassungsnormen eine Stütze, weil die Gestaltung der Betriebsverfassung keine Regelung von Arbeitsbedingungen ist. Ansonsten gibt der Gesetzestext nicht zu erkennen, daß er an die Terminologie des Tarifvertragsgesetzes anknüpfen will.

Das Arbeitsentgelt wird jedoch im Tarifvertrag durch Inhaltsnorm geregelt. Aus tariflicher Sicht könnten deshalb arbeitsentgeltähnliche Bedingungen durchaus die Angelegenheiten sein, die tariflich im Wege von Inhaltsnormen geregelt werden. Letztlich kann jedoch auch diese Auffassung ebensowenig wie die Lehre von den materiellen Arbeitsbedingungen begründen, warum die Ähnlichkeit einer Arbeitsbedingung mit dem Arbeitsentgelt für die Abgrenzung tariflicher und betriebsvereinbarungsrechtlicher Zuständigkeit entscheidend sein soll.

Die Ansicht, die unter den sonstigen Arbeitsbedingungen des § 77 Abs.3 nur solche Angelegenheiten versteht, die tariflich als Inhaltsnormen geregelt werden, ist deshalb ebenfalls nicht zwingend.

b) Tarifüblichkeit und sonstige Arbeitsbedingungen

Unter Berücksichtigung der Praxis der Tarifparteien, die den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit seit Jahren auf dem Lohn- und Gehaltssektor sehen, fallen, wenn man an eingebürgerte und deshalb übliche Tarif-

regelungen denkt, zunächst Tarifverträge ins Auge, die sich mit Entgeltfragen im weitesten Sinne befassen (74). Kann daraus geschlossen werden, der Gesetzgeber habe die tarifliche Regelung solcher Arbeitsbedingungen privilegieren wollen, die typischerweise den Inhalt von Tarifverträgen bilden (75)?

Es ist wohl nicht ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber, der die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 nicht nur an eine bestehende, sondern auch an eine übliche Tarifregelung geknüpft hat, bei den sonstigen Arbeitsbedingungen in erster Linie an solche entgeltähnliche Arbeitsbedingungen gedacht hat. Aus der Tarifpraxis läßt sich jedoch nicht ableiten eine übliche Ordnung sei überhaupt nur hinsichtlich der materiellen Arbeitsbedingungen denkbar (76), zur Regelung der jeweiligen betrieblichen Ordnung seien Tarifverträge ungeeignet, da die Ausgestaltung der formellen Arbeitsbedingungen sich allein an den Bedürfnissen des einzelnen Betriebes orientiere (77) und letztlich bestehe bei den formellen Arbeitsbedingungen überhaupt kein Bedarf an einer tariflichen Regelung (78). Denn die tarifliche Regelung formeller Arbeitsbedingungen ist nicht nur denkbar, sondern auch nicht unüblich. So hatte das Bundesarbeitsgericht im Beschluß vom 21. Februar 1967 (79) eine eingehende Regelung der Lohnzahlung des Manteltarifvertrages für die gewerblichen Arbeitnehmer in der Chemieindustrie zu beurteilen, der mehr als 12 Jahre gegolten hat. Die Tarifparteien hatten dort nicht nur bestimmt, daß die Lohnzahlung in der Regel wöchentlich zu erfolgen habe, sondern darüberhinaus detailliert ausgeführt, daß den Arbeitnehmern eine Abrechnung auszuhändigen sei, "aus der die Errechnung des Gesamtverdienstes, die Abzüge und der Nettobetrag zu ersehen sein müßten. Daß der Gesetzgeber sich darüberhinaus inhaltlich konkrete tarifvertragliche Regelungen formeller Arbeitsbedingungen vorgestellt hat, belegt im übrigen der Eingangssatz des § 87 Abs.1. Das Mitbestimmungsrecht in den dort genannten, häufig formellen Arbeitsbedingungen (80) wird nämlich nur durch eine Tarifregelung ausgeschlossen, die in sich vollständig und praktikabel ist und zu ihrer Durchführung keiner ergänzenden Vollzugsregelung auf betrieblicher Ebene bedarf (81). Nach den oben genannten Ansichten, wäre eine solche tarifliche Regelung nicht vorstellbar und der Tarifvorbehalt hinsichtlich der Mitbestimmungsrechte in formellen Arbeitsbedingungen überflüssig.

3. Gesetzssystematik

Im alten Gesetz war die den Tarifvorrang regelnde Bestimmung des § 59 BetrVG 1952 am Ende des Abschnitts der sozialen Angelegenheiten und damit systematisch nach dem Tarifvorrang des § 56 Abs.1 BetrVG 1952 angeordnet. Daraus ist geschlossen worden, daß mit den "sonstigen Arbeitsbedingungen" diejenigen Angelegenheiten gemeint waren, die nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 56 BetrVG 1952 unterlagen (82). Nach der Umstellung beider Vorschriften ist dieses Argument entfallen (83).

Zusammenfassend läßt sich danach bisher lediglich feststellen, daß sich aus Wortlaut und systematischer Einordnung der Vorschrift im Gesetz keine zwingenden Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung des Begriffs der "sonstigen Arbeitsbedingungen" ergeben haben. Ausschlaggebend müssen deshalb Überlegungen nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift sein.

IV Der Zweck des § 77 Abs.3

1. Rechtspolitische Stellungnahmen

Die rechtspolitische Einschätzung des § 77 Abs.3 ist, ebenso wie es die des § 59 BetrVG 1952 gewesen ist, mehr als schillernd. An literarischer Schelte hat es von Anfang an nicht gefehlt. Sie reicht von der Feststellung Säckers (84), in der Vorschrift breche sich die Vernunft und siege die Ideologie bis zum Verdikt Schnorrs von Carolsfeld (85), die Norm beschränke das Selbstverwaltungsrecht des Betriebes in kaum erträglichem Maße und sei deshalb contra legem auszulegen. In den Augen Meißingers (86) ist sie fast reaktionär, Schlüter (87) hat gemeint, der Tarifvertrag sei dadurch zu einem Machtinstrument "in maiorem coalitionem gloriam" gemacht worden. Aufgrund ihrer Mißachtung in der Betriebswirklichkeit (88) hat Zöllner (89) den Verdacht geäußert, sie könne gewohnheitsrechtlich gerogiert werden. Hablitzel (90) hat de lege ferenda vorgeschlagen, entgegen § 77 Abs.3 Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag gleichen Rang zu verleihen, da dies der von den Gewerkschaften geforderten betriebsnahen Tarifpolitik entgegenkomme und betriebssoziologischen Überlegungen entspreche, welche den Betrieb als "Quell sozialer Dynamik" ansähen.

Auf der anderen Seite nimmt man an, die Vorschrift sei für die Erhaltung der Funktions- und Leistungsfähigkeit der Sozialpartner unverzichtbar (91). Der Gesetzgeber habe im Vorrang der Tarifautonomie nach § 77 Abs.3 den Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, wenn auch nur unvollkommen, konkretisiert, dessen verbandsmäßige Gestaltung durch Tarifvertrag verfassungsrechtlich von der kollektiven Koalitionsfreiheit gewährleistet werde (92), er habe damit dem Verfassungsauftrag des Art.9 Abs.3 GG Rechnung getragen und die ausgeübte und aktualisierte Tarifautonomie gesichert (93).

Damit reicht die Bandbreite der Stellungnahmen von der rechtspolitischen Fragwürdigkeit der Vorschrift (94) bis zum verfassungsrechtlichen Gebot. Das mag erklären, weshalb über Sinn und Zweck der Norm bis heute keine Einigkeit erzielt worden ist.

2. Die Begründung des Gesetzgebers

Nach der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung (95) trägt § 77 Abs.3 "dem Vorrang der Tarifautonomie Rechnung" (96). Diese Äußerung ist mehrdeutig, weil sie nicht erkennen läßt, ob damit der Vorrang des Tarifvertrages vor der Betriebsvereinbarung oder allgemeiner der Vorrang der Tarifautonomie vor der Betriebsverfassung gemeint ist. Der Tarifvertrag geht zwar der Betriebsvereinbarung im Range vor (97). Da jedoch die Betriebsvereinbarung wegen des auch in ihrem Verhältnis zum Tarifvertrag geltenden Günstigkeitsprinzips die Rechtsstellung der Arbeitnehmer gegenüber einer tariflichen Regelung verbessern kann, wird mit einer solchen Begründung der Ausschluß des Günstigkeitsprinzips durch § 77 Abs.3 nicht erklärt. Wenn der Regierungsentwurf aber den Vorrang zwischen Tarifautonomie und Betriebsverfassung im Auge hat, bleibt offen, ob es sich dabei um einen lediglich politisch postulierten Vorrang oder um ein rechtlich begründetes Rangverhältnis handelt. Im Sinne der zweiten Alternative bliebe zu klären, ob der Vorrang nur im Betriebsverfassungsgesetz selbst oder etwa in höherrangigem Verfassungsrecht gesehen wird. Die nicht näher erläuterte Begründung vermag jedenfalls Sinn und Zweck der Vorschrift nicht zu erklären.

Da die Norm im Grenzbereich von Tarif- und Betriebsautonomie angesiedelt ist, kann sie sowohl tarifliche wie betriebliche Zwecke verfolgen. Die betriebliche Seite wird betont, wenn man ihren Schwerpunkt

in der Einschränkung der Betriebsvereinbarungsautonomie sieht.

3. Die Sicherung des Betriebsfriedens

Rechtsprechung und Schrifttum zu § 59 BetrVG 1952 hatten den Sinn der Sperrwirkung häufig in der Verhinderung von Streitigkeiten über materielle Arbeitsbedingungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat gesehen. Der Streit über diese Angelegenheiten sollte aus den Betrieben ausgeschlossen und in die überbetriebliche Ebene verlagert werden (98). Die auch zur Auslegung des § 77 Abs.3 vertretene Ansicht (99) zeigt deutlich, wie sehr die Vorschrift vom Umfang der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten her ausgelegt worden ist. Diese Vorstellung war nämlich nur haltbar, wenn man die materiellen Arbeitsbedingungen von der Mitbestimmung ausschloß. Nachdem der Gesetzgeber nunmehr durch die Erweiterung der Mitbestimmung auf Entgeltangelegenheiten, insbesondere in § 87 Abs.1 Nr. 11 und 3, aber auch beim Sozialplan nach § 112 sowie im Mitwirkungsrecht nach § 88 Nr.3 zu erkennen gegeben hat, daß er die normative Regelung von Lohn- und lohnähnlichen Angelegenheiten auf Betriebsebene in bestimmten Fällen durchaus für wünschbar und erforderlich hält (100), kann eine Verhinderung betrieblicher Auseinandersetzungen über solche Arbeitsbedingungen nicht mehr als Ziel des § 77 Abs.3 angesehen werden. Dieser Zweck wäre übrigens leichter zu erreichen gewesen, wenn der Gesetzgeber den Betriebsparteien die funktionelle Zuständigkeit zur normativen Regelung von Entgeltfragen schlechthin und nicht nur unter bestimmten, im Ermessen der Tarifparteien liegenden Voraussetzungen entzogen hätte. Denn außerhalb der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 können die Betriebsparteien Lohnbedingungen regeln, insbesondere auch dann, wenn ihnen dies von den Tarifparteien durch die Öffnungsklausel des § 77 Abs.3 gestattet wird (101).

Die Funktion des § 77 Abs.3 kann danach nicht in der Betriebsverfassung gesucht werden. Sie kann allenfalls ein Interesse der Tarifparteien berücksichtigen.

4. Die Sicherung der Tarifautonomie

Wenn das Gesetz die betriebliche Selbstverwaltung im Interesse der Tarifautonomie einschränkt, hängt der mit dieser Regelung verfolgte Zweck davon ab, welche Funktion der Tarifautonomie gestärkt werden

soll. Neben der aus historischer Sicht primären Schutzaufgabe wird heute überwiegend auch die Ordnungsfunktion des Tarifvertrages anerkannt (102). Großräumige und langfristige Tarifverträge können zu einer Stärkung der Rolle der Gewerkschaften als Vertreter aller Arbeitnehmer führen. Der Arbeitgeberseite geben sie eine gewisse Kostengarantie. Die einzelnen Arbeitsverträge werden durch die in der Praxis übliche tarifliche Bezugnahme rationalisiert (103). In der Vergangenheit ist gerade diese Funktion der Tarifautonomie bei der Auslegung der Tarifvorbehalte des Betriebsverfassungsgesetzes betont worden.

a) Die Sicherung der überbetrieblichen Ordnung der Arbeitsbedingungen

Vor allem die Rechtsprechung zu § 59 BetrVG 1952 hat das Ziel der Vorschrift darin gesehen, den überbetrieblichen Tarifparteien ein Monopol zur einheitlichen Gestaltung der materiellen Arbeitsbedingungen zu verschaffen (104). Diese ebenfalls auf die Privilegierung der materiellen Arbeitsbedingungen ausgerichtete Ansicht wird auch zum Zweck des § 77 Abs.3 vertreten (105).

§ 77 Abs.3 räumt jedoch den Tarifparteien keineswegs die Alleinzuständigkeit zur Regelung bestimmter Arbeitsbedingungen ein. Die betriebliche Autonomie wird vielmehr nur beschränkt, wenn die Tarifparteien ihre Zuständigkeit wahrnehmen. Sie haben es sogar auch dann in der Hand, durch ausdrückliche Zulassung den Abschluß ergänzender Betriebsvereinbarungen durch eine Öffnungsklausel nach § 77 Abs.3 Satz 2 zu erlauben. Damit können sie diesen Normzweck entweder durch Regelungsverzicht oder durch Öffnung des Tarifvertrages zunichte machen (106).

Die Vorstellung einer einheitlichen Ordnung der Arbeitsbedingungen widerspricht im übrigen dem Wesen der Tarifnormen in doppelter Hinsicht: Gerade diejenigen Normen des Tarifvertrages, die Entgelt- und entgeltähnlichen Fragen regeln, gelten als Inhaltsnormen nach § 4 Abs.1 TVG nur zwischen den tarifgebundenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern eines Tarifgebietes, so daß es zu einer einheitlichen Ordnung im Rechtssinne nur kommen kann, wenn der Tarifvertrag unter den Voraussetzungen des § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt wird (107). Die auf die einheitliche Gestaltung der materiellen Arbeits-

bedingungen abstellende Ansicht berücksichtigt zwar, daß § 77 Abs.3 das Günstigkeitsprinzip zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung beseitigt. Da nach § 4 Abs.3 TVG jedoch die Möglichkeit erhalten bleibt, zugunsten der Arbeitnehmer vom Tarifvertrag durch Individualvereinbarungen, arbeitsvertragliche Einheitsregelung, Gesamtzusage und Betriebsübung abzuweichen, ist die einheitliche überbetriebliche Ordnung von Arbeitsbedingungen eine Fiktion, die weder mit den rechtlichen noch mit den tatsächlichen Gegebenheiten übereinstimmt.

Wenn die Norm die überbetriebliche Regelung von Arbeitsbedingungen privilegiert, müßte man von der Sperrwirkung konsequenterweise Firmen- und firmenbezogene Verbandstarifverträge ausnehmen (108). Dafür bietet der Wortlaut jedoch keine Handhabe (109).

Da eine einheitliche überbetriebliche Ordnung regelmäßig nicht bei solchen Arbeitsbedingungen vorliegen kann, die sich nach den Besonderheiten des einzelnen Betriebes richten, muß dieser Zweck die materiellen Arbeitsbedingungen als Gegenstand der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 herausstellen. Die dahin zielende Ansicht muß sich deshalb ebenfalls mit dem Wertungswiderspruch auseinandersetzen, der aus der Erweiterung der Mitbestimmung des Betriebsrats auf diese Arbeitsbedingungen herrührt. Denn diesen Bestimmungen kann zumindest der Gedanke entnommen werden, daß der Gesetzgeber nicht sämtliche Arbeitsbedingungen, die das Entgelt und entgeltähnliche Fragen betreffen, in die überbetriebliche Sphäre verwiesen hat, sondern daß er etwa eine betriebliche Regelung von Akkord- und Prämiensätzen auch hinsichtlich der Geldfaktoren für möglich und erforderlich hält (110).

Denkt man bei der Sicherung einer einheitlichen überbetrieblichen Ordnung weniger an eine Ordnung im Rechtssinne, sondern an die gesamtwirtschaftliche Ordnungsfunktion der Tarifautonomie, so könnte man meinen, die Norm solle in diesem Sinne den politischen Vorrang der Tarifautonomie vor der Betriebsverfassung absichern. Spätestens seit der Teilnahme an der "Konzertierte Aktion" in den 60iger Jahren sind die Tarifparteien Mitträger der staatlichen Einkommens- und Beschäftigungspolitik geworden (111). Auch heute finden, wenn auch in weniger formalisiertem Rahmen, Fühlungen zwischen Regierung und Tarifparteien zur Abstimmung von staatlicher Wirtschafts- und Finanzpolitik insbesondere mit der Lohnpolitik der Gewerkschaft-

ten und der Investitions- und Preispolitik der Unternehmer statt. Solche staatliche Einflußnahme wäre kaum denkbar, wenn Lohnpolitik allein auf der Betriebsebene betrieben würde.

Es mag sein, daß solche Vorstellungen, wenn auch unausgesprochen, auf § 59 BetrVG 1952 gepaßt haben. Auf § 77 Abs.3 passen sie jedenfalls nicht, da sie das Verbot der Übernahme von Tarifbestimmungen durch Betriebsvereinbarung nicht erklären können. Eine einheitliche Ordnung im Rechtssinn oder auch im politischen Sinn wird nämlich, wie das Bundesarbeitsgericht zu § 59 BetrVG 1952 konsequent entschieden hat (112), durch die betriebsvereinbarungsrechtliche Übernahme von Tarifverträgen für die nicht organisierten Arbeitnehmer nicht gefährdet, sondern stabilisiert.

b) Konkurrenzschutz

Betrachtet man die beiden Hauptfunktionen des § 77 Abs.3, den Ausschluß des Günstigkeitsprinzips zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung sowie das Verbot der Übernahme tariflicher Regelungen durch Betriebsvereinbarung, so ist die Sorge des Gesetzgebers nicht zu übersehen, daß die tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen durch eine normative Ordnung auf betrieblicher Ebene überspielt wird und die Vorteile des Tarifvertrages den nicht organisierten Arbeitnehmern durch Mitwirkung des Betriebsrats zugute kommen. Die Vorschrift verhindert, daß der Betriebsrat für die organisierten Arbeitnehmer den Tarif verbessernde Arbeitsbedingungen mit dem Arbeitgeber aushandelt und damit die Attraktivität des Tarifvertrag schmälert. Für die nicht organisierten Arbeitnehmer wird der Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt vermindert, wenn die Betriebsvereinbarung unter Umständen automatisch nach Abschluß einer Lohnrunde - die neuer Tarifergebnisse für sämtliche Arbeitnehmer des Betriebes übernimmt. Sinn dieser Verbote kann nur sein, den Betriebsrat als Konkurrenten der Gewerkschaften auszuschalten. Eine solche Konkurrenz erscheint angesichts der verfassungsrechtlich abgesicherten Garantie der Tarifautonomie auch unproblematisch.

Dem Gesichtspunkt der Sicherung der Tarifautonomie durch die Tarifvorbehalte des Betriebsverfassungsgesetzes hat zuerst Biedenkopf herausgestellt (113). Nach seiner Ansicht folgt aus der Garantie eines funktionellen Kernbereichs koalitionsrechtlicher Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, daß die Tarifparteien ein

Normsetzungsvorrecht (114) vor dem staatlichen Gesetzgeber haben. Diese Ansicht ist von Sacker weitergeführt worden: "Soweit die funktionelle Kernbereichsgarantie reicht, sind die Koalitionen zur Regelung der Arbeitsbedingungen zuständig. Soweit sie hier eine Regelung treffen, gilt diese und keine andere. Das gilt sowohl gegenüber den staatlichen als auch gegenüber bestehenden tariflichen, betriebsverfassungsrechtlichen oder sonstigen Regelungen der allgemeinen Arbeitsbedingungen" (115). Unter den Vertretern dieser grundsätzlichen Position ist dann allerdings die Frage streitig geworden, ob der Tarifvorbehalt lediglich die Vorrangkompetenz des Tarifvertrages einschließlich seiner Werbungskraft sichert (116) oder darüberhinaus der Erhaltung der Funktions- und Leistungsfähigkeit der Koalitionen dient (117).

Nach Ansicht Richardis kann aus Art.9 Abs.3 GG zwar keine Beschränkung der betrieblichen Regelungsmacht hergeleitet werden. Für Ausschlaggebend hält er jedoch, daß durch § 77 Abs.3 der Vorrang der auf der Koalitionsfreiheit aufbauenden kollektiven Ordnung der Arbeitsentgelte und sonstigen Arbeitsbedingungen im Verhältnis zu den Betriebsräten gesichert werde, weil diese "der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für die individuelle Freiheit nähersteht als eine kooperative Ordnung auf betrieblicher Ebene" (118).

Das Bundesarbeitsgericht hat bereits in seinen letzten Entscheidungen zu § 59 BetrVG 1952 ausgesprochen, daß die Norm dem Schutz der Tarifautonomie dient (119). Gelegentlich hat es daneben noch an den übrigen Zwecken festgehalten (120). Zu § 77 Abs.3 hat es auf eine Erklärung der Funktion unter dem Gesichtspunkt der Sicherung der überbetrieblichen Ordnung und des Betriebsfriedens verzichtet. Aus seiner heutigen Sicht dient die Vorschrift allein der Sicherung der verfassungsrechtlich gewährleisteten, der ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie (121).

Für die Beantwortung der Frage, wieweit § 77 Abs.3 dem Schutz der Tarifautonomie in diesem Sinne gerecht werden kann, kommt es zunächst darauf an, welche Vereinbarungen die Vorschrift verbietet und welche Möglichkeiten den Betriebsparteien verbleiben, die Arbeitsbedingungen auf betrieblicher Ebene zu gestalten.

aa) Sperrwirkung gegenüber arbeitsvertraglichen Regelungen

Nach einhelliger Meinung entfaltet der Tarifvorbehalt des § 77 Abs.3 keine Wirkung gegenüber betriebseinheitlichen Regelungen von Arbeitsbedingungen, die allein auf einzelvertraglicher Ebene erfolgen (122). Da an solchen Vereinbarungen der Betriebsrat formell nicht beteiligt ist, besteht für ihre Verhinderung von der Betriebsverfassung her kein Grund und keine Möglichkeit. Allerdings wird sich der Arbeitgeber in der Praxis häufig mit dem Betriebsrat ins Benehmen setzen, ehe er den Arbeitnehmern ein gebündeltes Vertragsangebot macht. In vielen Fällen wird er dazu sogar im Hinblick auf das Gebot zur vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs.1 in Verbindung mit den die Zusammenarbeit konkretisierenden Vorschriften des § 74 verpflichtet sein (123). Wenn sich diese Fühlungnahme dann zu einer formlosen Regelungsabrede verdichtet, stellt sich die Frage, ob auch eine solche nicht normativ wirkende Absprache zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat der Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 unterliegt.

bb) Sperrwirkung gegenüber Regelungsabreden

Nach seinem Wortlaut bezieht sich § 77 Abs.3 nur auf Betriebsvereinbarungen. Da § 77 Abs.1 allgemeiner Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber nennt, hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß ihm die Zulässigkeit nichtnormativer Abreden bewußt war. Dieser Umstand spricht dafür, § 77 Abs.3 nur auf die normative Gestaltung der Arbeitsbedingungen auf betrieblicher Ebene anzuwenden (124).

Gegen diese Auffassung wird eingewandt, daß es sich auch bei einer Regelungsabrede um eine kollektive Vereinbarung auf betrieblicher Ebene handle, die durch Tarifvertrag oder tarifübliche Regelung einer Arbeitsbedingung nach § 77 Abs.3 verhindert werden müsse. Denn die Vorschrift schließe nicht nur die Zuständigkeit der Betriebsparteien zu normativer Regelung der Arbeitsbedingungen, sondern ihre Gestaltungsbefugnis überhaupt aus. Für das Konkurrenzverhältnis zwischen Tarif- und Betriebsparteien sei es unerheblich, daß die Betriebsabsprache nicht normativ auf die Arbeitsverhältnisse einwirke. Entscheidend sei allein, daß sie als kollektive Vereinbarung auf betrieblicher Ebene den Arbeitgeber binde. Sonst bestehe die Ge-

fahr, daß die Sperrwirkung durch Regelungsabreden umgangen werde (125).

Ob § 77 Abs.3 die Betriebsvereinbarung nur als pars pro toto, als wichtigstes Gestaltungsmittel der Betriebsverfassung nennt (126) oder ausschließlich die normative Gestaltung der Arbeitsbedingungen meint, hängt davon ab, wie sich die Unterschiede zwischen beiden Vereinbarungen auf die Funktion der Vorschrift auswirken.

Was die Publizität betrifft, erscheint eine Anwendung des § 77 Abs.3, der die Tarifparteien vor Konkurrenz durch die Betriebsparteien schützen soll, auf formlose Abreden sinnvoll und wünschenswert. Ein Betriebsrat, der wiedergewählt werden will, hat ein Interesse daran, daß seine Beteiligung an einer Regelungsabrede mit dem Arbeitgeber durch geeignete Maßnahmen im Betrieb publik gemacht werden.

Stellt man lediglich auf die Bindung des Arbeitgebers ab, so sind die Unterschiede beider Institute ebenfalls nicht gravierend (127). Ob der Arbeitgeber normativ unmittelbar oder schuldrechtlich mittelbar auf eine mit dem Betriebsrat vereinbarte Maßnahme festgelegt wird, ist im Hinblick auf den Zweck des § 77 Abs.3 unerheblich. Das gilt allerdings nur, wenn die Betriebsparteien das Gebot beachten.

Bei einem Verstoß gegen § 77 Abs.3 werden die Unterschiede zwischen beiden Vereinbarungen deutlich. Eine Betriebsvereinbarung ist in diesem Fall nichtig (128). Die durch sie normativ begründeten Pflichten im Arbeitsverhältnis entfallen, wenn nicht ausnahmsweise die Bestimmungen einer unwirksamen Betriebsvereinbarung zum Inhalt des Arbeitsvertrages geworden sind, etwa durch arbeitsvertragliche Bezugnahme oder als betriebliche Übung aufgrund der Vertrauenshaftung (129). Die Tarifparteien können die Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung im Beschlußverfahren nach § 2a Abs.1 Nr.1, Abs.2 i.V.m. §§ 80ff. ArbGG geltend machen, in dem auch die zuständige Gewerkschaft antragsberechtigt ist (130).

Auch eine Regelungsabrede ist nach diesen Grundsätzen nichtig, wenn man sie der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 unterstellt. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, die vereinbarte Maßnahme durchzuführen. Ist

es jedoch bereits zu einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung aufgrund der Betriebsabsprache gekommen, so gilt nur diese. Ist im Arbeitsvertrag ausnahmsweise ein Bezug zwischen Regelungsabrede und Einzelvertrag vereinbart worden, ist dies kein Umstand, der von den Tarifparteien beeinflusst werden kann. Selbst wenn die Regelungsabrede aber für unwirksam erklärt wird, hängt die Wirksamkeit der im Arbeitsverhältnis durchgeführten Maßnahme entgegen dem ausdrücklichen Zwecke des § 77 Abs.3 allein vom Willen der Arbeitsvertragsparteien ab.

Wenn die Tarifparteien aber keine Möglichkeit haben, die Einhaltung des Verbots des § 77 Abs.3 zu kontrollieren, ist es nicht sinnvoll, die Sperrwirkung auf nicht normativ wirkende Vereinbarungen zu erstrecken. Es mag zwar sein, daß § 77 Abs.3 dann durch Betriebsabsprachen umgangen wird (131). Eine Umgehung ist jedoch ohnehin nicht auszuschließen, wenn man von der Sperrwirkung arbeitsvertragliche Regelungen ausnimmt. Soll die Ankündigung einer Leistungsverbesserung durch den Arbeitgeber am schwarzen Brett "nach Fühlungnahme" mit dem Betriebsrat wirksam und als "Vereinbarung" unwirksam sein? Die Grenze der Sperrwirkung kann deshalb sinnvollerweise nur bei der normativen Wirkung gezogen werden. Für andere Absprachen als Betriebsvereinbarungen gilt § 77 Abs.3 nicht.

Dem Schutz der Tarifautonomie durch Schutz der Gewerkschaften vor Konkurrenz durch die Betriebsräte kann § 77 Abs.3 deshalb nur in beschränktem Umfang dienen. Dem Betriebsrat bleibt ein breites Spektrum, die Arbeitsbedingungen mitzugestalten und seine Beteiligung werbewirksam zur Geltung zu bringen. Zusammenfassend bleibt dennoch festzustellen, daß die Sicherung der Tarifautonomie vor Konkurrenz durch die Betriebsparteien trotz eingeschränkten Wirkungsbereichs der einzige und angesichts des Verbots, Tarifbestimmungen durch Betriebsvereinbarung mit Wirkung für die nicht organisierten Arbeitnehmer zu übernehmen, auch unbestreitbare Normzweck des § 77 Abs.3 ist.

Anders als die auf die Privilegierung materieller Arbeitsbedingungen abzielenden Funktionen der Sicherung des Betriebsfriedens und der überbetrieblichen Ordnung der Arbeitsbedingungen läßt sich Konkurrenzschutz nicht für eine eingeschränkte Auslegung der "sonstigen Arbeitsbedingungen" in Anspruch nehmen. Unter diesem Gesichtspunkt läßt sich eher die Ansicht begründen, daß § 77 Abs.3 Sperr-

wirkung gegenüber sämtlichen Arbeitsbedingungen entfaltet. Haben nämlich die Tarifparteien eine formelle Arbeitsbedingung für so wichtig gehalten, daß sie sie im Tarifvertrag geregelt haben, können sie Konkurrenzschutz bei dieser Frage ebenso beanspruchen, wie bei einer materiellen Arbeitsbedingung.

Mit der Sicherung der Tarifaufonomie ist auch die verfassungsrechtliche Dimension angesprochen. Das Grundgesetz kann jedoch eine bestimmte Auslegung des § 77 Abs.3 nur beeinflussen, wenn sich die Norm überhaupt aus der Verfassung begründen läßt.

V Tarifvertrag und Betriebsverfassung nach dem Grundgesetz

1. Die verfassungsrechtliche Garantie der Tarifaufonomie

Art.9 Abs.3 GG garantiert neben dem Recht des einzelnen auf Bildung einer Vereinigung und Betätigung in der Vereinigung die Rechte der Koalition selbst auf ihren Bestand und satzungsgemäße Betätigung (132). Das Grundrecht sichert die individuelle und die kollektive Koalitionsfreiheit (133). Da es die vorrangige Aufgabe der Koalitionen ist, das Arbeitsleben durch Tarifverträge zu ordnen, erstreckt sich der Grundrechtsschutz auch auf die Tarifaufonomie "im Großen" (134). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der herrschenden Lehre (135) darf in dem der Tarifaufonomie vorbehaltenen Bereich auch der Gesetzgeber nicht unbeschränkt tätig werden. Da die funktionelle Zuständigkeit der Betriebsparteien zu normativer Regelung der Arbeitsbedingungen auf § 88 und, soweit Mitbestimmungsrechte betroffen sind, auf dem einzelnen gesetzlichen Mitbestimmungsstatbestand beruht, ist zu fragen, ob die betriebsverfassungsgesetzliche Ermächtigung zur Normsetzung gegen die institutionelle Garantie der Tarifaufonomie durch Art.9 Abs.3 GG verstoßen kann und ob gegebenenfalls allein die Tarifvorbehalte den Eingriff des Betriebsverfassungsgesetzes in die Tarifaufonomie sanktionieren. Dabei kommt es zunächst darauf an, ob das Betriebsverfassungsgesetz als einfaches Gesetzesrecht an den Grundrechten und sonstigen Verfassungsgrundsätzen zu messen ist oder ob sich Tarifaufonomie und Betriebsverfassung als zwei verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter mit der Folge gegenüberstehen, daß sie nach dem Prinzip praktischer Konkordanz einander so zuzuordnen sind, daß jedes von ihnen zu optimaler Wirksamkeit gelangt (136).

2. Die verfassungsrechtliche Garantie der Betriebsverfassung

Die Betriebsverfassung als die Gesamtheit der Regeln über die Rechtsstellung der Arbeitnehmerschaft im Betrieb einschließlich ihrer Organe, ihrer Rechte und Pflichten und ihrer Stellung zum Arbeitgeber (137) wird durch Art.9 Abs.1 GG nicht gewährleistet, da das Grundrecht lediglich freiwillige Zusammenschlüsse erfaßt (138). Das Grundgesetz erwähnt die Betriebsverfassung lediglich in § 74 Nr.12 GG als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes.

a) Die Kompetenz nach Art.74 Nr. 12 GG

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der herrschenden Lehre (139) nehmen die Kompetenznormen der Verfassung nicht nur eine bestimmte Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern vor (Primärfunktion), es kommt ihnen darüberhinaus eine gewisse materiellrechtliche Bedeutung zu (Sekundärfunktion). Der Verfassungsgeber hat mit der Begründung der Zuständigkeit klargestellt, daß sich eine im Rahmen der zugewiesenen Kompetenz haltende gesetzliche Regelung der Verfassung insoweit auch materiell nicht widerspricht. Das Grundgesetz billigt damit die durch einfaches Bundesgesetz geschaffene betriebliche Ordnung im Großen, die Kompetenznorm garantiert ein "Begriffsminimum" (140). Sie ist als sozialpolitisches Bekenntnis zur Betriebsverfassung als Grundlage einer innerbetrieblichen Mitbestimmung zu verstehen (141).

Unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung vom Betriebsrätegesetz von 1920 zum Gesetz von 1972 (142) läßt sich danach wohl sagen, daß das Grundgesetz gegen die essentials einer Betriebsverfassung grundsätzlich nicht einzuwenden hat. Eine nähere Konkretisierung ist der Kompetenz jedoch nicht zu entnehmen. Denn das Grundgesetz hat das Wirtschaftsleben nicht wie die Weimarer Reichsverfassung in ihren Art. 151 ff. geregelt (143). Da die Kompetenz dem vorläufigen Charakter der Verfassung Rechnung tragen sollte, hat der Verfassungsgeber bei der Normierung des Art.74 Nr.12 GG ein bestimmtes Modell der Betriebsverfassung kaum im Auge gehabt. Schon angesichts der bei der Verabschiedung des Grundgesetzes im Jahre 1949 völlig unterschiedlichen Auffassungen über die Gestaltung des Wirtschaftslebens nach dem Zusammenbruch der Diktatur (144) kann man

nicht einmal feststellen, daß der Verfassungsgesetzgeber sich am Betriebsrätegesetz von 1920 oder an den in den Ländern bestehenden Gesetzen habe orientieren wollen. Die Kompetenznorm kann deshalb in ihrer materiellrechtlichen Funktion die durch einfaches Gesetz normierte betriebliche Ordnung nicht gewährleisten (145).

b) Sozialstaatsprinzip und Betriebsverfassung

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bereits zur Begründung der kollektiven Seite der Koalitionsfreiheit auf den Sozialstaatsgrundsatz in Art.20 Abs.1 und 28 Abs.1 Satz 1 GG berufen und ausgeführt, daß er ein Verbot sozialen Rückschritts enthalte und den ersatzlosen Abbau einmal erreichter sozialer Sicherungen und Mitwirkungsrechte untersage (146). Wenn auch die Interpretation dieses Verfassungsgrundsatzes im einzelnen stark umstritten ist (147), wird seine Funktion als Verbot des sozialen Rückschritts doch allgemein anerkannt (148), seit die moderne Lehre seine Auslegung als bloßes Programm (149), als Forderung nach einem "Gerechtigkeitsstaat" (150), dem keine normative Wirkung zukomme (151), überwunden hat. Das Sozialstaatsprinzip ist unmittelbar verbindliche Norm. Es bindet alle Staatsgewalt und verpflichtet und legitimiert den Gesetzgeber zur Wahrnehmung sozialstaatlicher Aufgaben (152).

Über diesen allgemeinen Grundsatz hinaus ist jedoch weder seine rechtsdogmatische Einordnung noch die exakte materielle Tragweite des Prinzips endgültig geklärt. Nach einer verbreiteten Lehre enthält es eine Bestandsgarantie derjenigen Institute, die zur Wirklichkeit des sozialen Staates gehören. Dazu werden die Tarifautonomie, der Arbeitsschutz, die Sozialversicherung und ein Betriebsverfassungsrecht gerechnet, das den Arbeitnehmern Einfluß auf die Ordnung des Betriebes einräumt (153).

Fechner (154) hat am Beispiel des Tarifvertrages nachgewiesen, daß sich wichtige Institutionen des modernen Arbeitsrechts in drei Stufen entwickelt haben: zunächst als autonomes Vertragsrecht, dann als einfaches staatliches Gesetzesrecht und zuletzt als verfassungsrechtlich besonders sanktioniertes Recht. In diesem geschichtlichen Ablauf hat das Sozialstaatsprinzip die Funktion, bereits bestehende positivrechtlich fixierte Einrichtungen, die zum selbstverständlichen Bestand der Sozialordnung gehören, sich also nicht mehr im

Prüfstadium befinden, gegen rückschrittliche Abänderungen abzuschern. Als selbstverständlicher Bestand der gesellschaftlichen Ordnung kann eine Einrichtung dann angesehen werden, wenn ein weitreichender Konsens über die tatsächliche Handhabung besteht. Eine historisch gewachsene und verfestigte Ordnung, die allseitige Zustimmung genießt und die niemand mehr abzuschaffen gedenkt, unterliegt der Bestandsgarantie des Sozialstaatsprinzips. Nach diesen Kriterien ist die historisch gewachsene Betriebsverfassung als Einrichtung für die Mitbestimmung und Mitwirkung der Arbeitnehmer auf der Ebene des Betriebes grundgesetzlich gewährleistet.

Ob die Gewährleistung als institutionelle Garantie mit der Folge verstanden werden kann, daß die durch den Sozialstaatsgrundsatz gedeckte Sozialgesetzgebung, also das Betriebsverfassungsgesetz, zu Verfassungsrang gelangt (155) oder ob das Sozialstaatsprinzip ohne Fixierung eines status quo im Sinne einer Einrichtungsgarantie lediglich das Verbot an den Gesetzgeber bedeutet, ein Konzept der betrieblichen Mitbestimmung vorzulegen, das als historisch rückschrittlich empfunden werden muß (156), ist hier nicht erheblich. Eine genauere Fixierung unverzichtbarer Bestandteile der sozialstaatlichen Einrichtung Betriebsverfassung wird erst erforderlich, wenn ein rechtlich und tatsächlich exakt umrissener Eingriffstatbestand vorliegt.

Tarifvorbehalte im Betriebsverfassungsgesetz schränken die funktionelle Zuständigkeit der Betriebsparteien zur normativen Regelung der Arbeitsbedingungen und die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ein. Neben die anfangs aufgeworfene Frage nach der Notwendigkeit betriebsverfassungsrechtlicher Tarifvorbehalte im Hinblick auf die nach Art.9 Abs.3 GG grundrechtlich gewährleistete Tarifautonomie tritt somit die Frage ihrer Zulässigkeit im Hinblick auf die durch das Sozialstaatsgebot grundgesetzlich gesicherte Betriebsverfassung.

3. Die Zulässigkeit betriebsverfassungsrechtlicher Tarifvorbehalte

Nach Biedenkopf (157) und Säcker (158) gibt es keinen Kernbereich verfassungsrechtlicher Garantie, innerhalb dessen eine Beschränkung betriebsverfassungsrechtlicher Zuständigkeiten verfassungswidrig wäre. Das ist insoweit folgerichtig, als Biedenkopf die Frage nach ei-

ner Garantie der Betriebsverfassung nicht stellt und Säcker sie verneint.

Befürwortet man jedoch einen grundgesetzlich gewährleisteten Kernbereich betriebsverfassungsrechtlicher Zuständigkeiten (159) oder eine - wenn auch nicht institutionelle - Garantie der Betriebsverfassung (160) oder eine Verbürgung des Mitbestimmungsrechts in sozialen Angelegenheiten (161) oder wenigstens ein Minimum an Mitbestimmung (162), so stellt sich auch die Frage nach dem unverzichtbaren Umfang der funktionellen Zuständigkeit der Betriebsparteien. Auch eine Garantie, die nur einen Mindeststandard sichert, ist ohne Funktionsgarantie wertlos (163).

Der Kernbereich betriebsverfassungsrechtlicher Kompetenzen ist beeinträchtigt, wenn den Betriebsparteien ihre wichtigsten Funktionen entzogen werden. Dies aber ist gerade die Aufgabe der Tarifvorbehalte der §§ 77 Abs.3 und 87 Abs.1 Satz 1. Die Frage, ob damit die verfassungsrechtliche Garantie nicht leerläuft, ist zunächst unter dem Gesichtspunkt des Umfangs der Garantie nach dem Sozialstaatsgrundsatz zu stellen.

a) Tarifvorbehalt und Sozialstaatsprinzip

Verfassungsrechtliche Verburgungen nach dem sozialstaatlichen Ruckschrittsverbot betreffen die geschützten Einrichtungen so, wie sie seit langer Zeit gesetzlich fixiert und zum selbstverständlichen Bestand der gesellschaftlichen Ordnung geworden sind. Für die Betriebsverfassung heißt dies, daß der Umfang der verfassungsrechtlichen Gewährleistung nicht weiter reichen kann als die historisch gewachsene Betriebsverfassung. Die Geschichte der betrieblichen Mitbestimmung (164) zeigt jedoch, daß betriebsverfassungsrechtliche Kompetenzen von Anfang an auch auf der Verfassungsebene den Zuständigkeiten der Tarifparteien nachgeordnet waren.

Die Weimarer Reichsverfassung erkannte zwar in Art.165 Abs.1 Satz 2 nicht nur die Koalitionen und die von ihnen geschlossenen Tarifverträge, sondern in seinem Abs.2 auch die betrieblichen Interessenvertretungen in Form von Betriebsarbeiterraten an. Den Gewerkschaften sollte jedoch nach der damaligen Auffassung durch Art.165 Abs.1 Satz 1 WV ein Übergewicht gegenüber den Betriebsvertretungen zukom-

men. Da diese Norm die Arbeitnehmerschaft dazu berufe, "gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen ... mitzuwirken" und eine tatsächliche Parität zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern nur erreicht werden könne, wenn die Arbeitnehmer in ihrer kollektiven Macht aufträten, gehe die Anerkennung der Gewerkschaften derjenigen der Betriebsorganisationen vor (165). Diesen Vorstellungen entsprach das Betriebsrätegesetz von 1920. Der Betriebsrat war zur Zusammenarbeit mit den Gewerkschaften verpflichtet und bei Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber inhaltlich an die bestehenden Tarifverträge gebunden (166). Ein Tarifvorbehalt war darüberhinaus bereits in § 78 Nr.2 BRG enthalten, der die nicht zwingende Mitwirkung des Betriebsrats bei näher konkretisierten Leistungslohn-, Arbeitszeit- und Urlaubsfragen vorsah, soweit eine tarifvertragliche Regelung nicht bestand.

Es hat also eine Betriebsverfassung ohne tariflich beschränkbares Selbstverwaltungsrecht der Betriebsparteien nie gegeben. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Tarifvorbehalte der §§ 77 Abs.3 und 87 Abs.1 Satz1 unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung betrieblicher Mitbestimmungsrechte nach dem Sozialstaatsgrundsatz sind demnach nicht ersichtlich.

b) Tarifvorbehalt und Subsidiaritätsprinzip

Die Tarifvorbehalte des Betriebsverfassungsgesetzes schränken die Zuständigkeit der Betriebsparteien zugunsten der Zuständigkeit der Tarifparteien ein und räumen damit in der Regel der überbetrieblichen Kompetenz den Vorrang gegenüber der betrieblichen ein. Sie bevorzugen die weitere gegenüber der engeren Gemeinschaft. Nun wird zwar nicht ausdrücklich behauptet, diese Regelung verletze einen mit Verfassungsrang ausgestatteten Subsidiaritätsgrundsatz. Die Forderung, die Tarifparteien müßten aber zumindest einen "Kernbereich betriebsverfassungsrechtlicher Zuständigkeiten" offenlassen (167), läßt sich jedoch nur mit dem Subsidiaritätsprinzip begründen.

Voraussetzung für eine solche Auffassung ist, daß sich das Subsidiaritätsprinzip als verbindlicher Rechtssatz aus der Verfassung ableiten läßt. Dies wird schon überwiegend deshalb verneint, weil der Grundsatz inhaltlich kaum abgrenzbar ist und aus Einzelbestimmungen des Grundgesetzes die generelle Geltung eines solchen Strukturprin-

zips der Verfassung nicht abgeleitet werden kann (168). Selbst wenn man sich über diese Bedenken hinwegsetzt, lassen sich Einwendungen gegen die Tarifvorbehalte des Betriebsverfassungsgesetzes unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsprinzips nicht begründen. Denn die Betriebsverfassung als engere Gemeinschaft im Sinne dieses Grundsatzes genießt gegenüber der Tarifautonomie keinen Verfassungsschutz, weil es ein durch tarifliche Regelungen nicht einschränkbares Selbstverwaltungsrecht der Betriebsparteien in der historischen Entwicklung der Betriebsverfassung nie gegeben hat. Betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeiten sind über das Sozialstaatsprinzip als Verbot des sozialen Rückschritts lediglich vorbehaltlich tarifautonomer Rechtsetzungsbefugnis gewährleistet. Diese Wertung kann unter Berufung auf den Subsidiaritätsgrundsatz nicht aufgehoben werden.

Allerdings kann auf einem Pechtsgebiet auch durch den einfachen Gesetzgeber das Subsidiaritätsprinzip normiert werden, obwohl es keinen Verfassungsrang genießt (169). Der Gesetzgeber des Betriebsverfassungsgesetzes hat davon jedoch keinen Gebrauch gemacht. Er hat vielmehr in § 2 Abs.3 klargestellt, daß die Aufgaben der Gewerkschaften und der Vereinigungen der Arbeitgeber durch das Betriebsverfassungsgesetz nicht berührt werden. Die Betriebsparteien nehmen bei der freiwilligen Regelung der Arbeitsbedingungen nach § 88 und bei der Ausübung der Mitbestimmungsrechte Zuständigkeiten wahr, die nach dem Tarifvertragsgesetz auch den Tarifparteien eingeräumt worden sind (170). Deshalb kann der Grundsatz des § 2 Abs.3 in diesem Zusammenhang nur bedeuten, daß die Zuständigkeit der Tarifparteien zur Regelung einer Arbeitsbedingung auch dann nicht eingeschränkt werden soll, wenn ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht oder die Angelegenheit freiwillig durch Betriebsvereinbarung geregelt werden kann. Die Tarifvorbehalte selbst bekräftigen diesen Grundsatz für ihren Anwendungsbereich.

Gegen die Möglichkeit der Tarifparteien, den Betriebsrat durch eigene Regelung einer Arbeitsbedingung im Rahmen der Tarifvorbehalte der §§ 77 Abs.3 und 87 Abs.1 funktionslos zu stellen, läßt sich damit weder vom Grundgesetz noch vom Betriebsverfassungsgesetz her etwas einwenden. Einen "Kernbereich betriebsverfassungsrechtlicher Zuständigkeit" (171) - wie immer man diesen auch definieren mag - haben die Tarifparteien nicht zu respektieren (172).

c) Tarifvorbehalt und negative Koalitionsfreiheit

Wird die Zuständigkeit der Betriebsparteien zum Abschluß einer Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs.3 oder des Betriebsrats in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten nach § 87 Abs.1 Satz1 durch die tarifliche Regelung einer Angelegenheit beseitigt, so sind davon in erster Linie diejenigen Arbeitnehmer betroffen, die nicht Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft sind. Sofern der Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden ist, kommen sie nur im Anwendungsbereich des § 3 Abs.2 TVG in den Genuß der Tarifregelung. Angelegenheiten, die den Entgeltbereich im weitesten Sinne betreffen, werden im Tarifvertrag durch Inhaltsnormen geregelt, die gemäß § 4 Abs.1 TVG nur für die beiderseits Tarifgebundenen gelten. Die tarifgebundenen Arbeitnehmer werden also durch den Wegfall des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs.1 oder der Zuständigkeit des Betriebsrats nach § 77 Abs.3 nur dann betroffen, wenn auf Betriebsebene eine andere als die tarifliche Regelung gewünscht wird. Den nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern wird aber jeglicher Schutz durch eine normative Ordnung entzogen. Sind die Außen-seiter damit in ihrer Freiheit, keinem Berufsverband beizutreten, in unzulässiger Weise beeinträchtigt (173)?

Gleichgültig ob man Rechtsgrundlage und Umfang der negativen Koalitionsfreiheit aus Art.9 Abs.3 GG oder Art.2 Abs.1 GG herleitet (174), läßt sich dem Grundgesetz keineswegs entnehmen, daß den Tarifaußen-seitern die betriebliche Mitbestimmung und die Betriebsvereinbarung als kollektives betriebliches Gestaltungsmittel als Ersatz für den von ihnen verschmähten Tarifvertrag bereitzustellen ist (175). Dieser Forderung verschließen sich nicht nur die Grundrechte der Art.2 Abs.1 und 9 Abs.3 GG, ihr steht auch entgegen, daß die Betriebsverfassung durch den Sozialstaatsgrundsatz lediglich unter dem Vorrang tarifautonomer Regelungsbefugnis gewährleistet ist.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Einschränkung der betrieblichen Selbstverwaltung durch Tarifvertrag sind somit nicht ersichtlich. Angesichts der durch Art.9 Abs.3 GG gewährleisteten Tarifautonomie könnten die Tarifvorbehalte eher grundgesetzlich geboten sein.

4. Die Notwendigkeit betriebsverfassungsrechtlicher Tarifvorbehalte

Das Verhältnis von Tarifautonomie und betrieblicher Normsetzung ist nicht nur ein Verhältnis von privatrechtlichen (176) normativen Regelungen der Arbeitsbedingungen zueinander. Der Umfang der betrieblichen Regelungsbefugnis hängt vielmehr von der dem Betriebsrat durch das Betriebsverfassungsgesetz eingeräumten funktionellen Zuständigkeit ab. Da die Zuständigkeit des Betriebsrats zur Regelung der Arbeitsbedingungen sich mit der Zuständigkeit der Tarifparteien deckt (177), ist grundsätzlich zu fragen, ob der Gesetzgeber im Bereich tarifautonomer Kompetenzen überhaupt betriebsverfassungsrechtliche Normsetzungszuständigkeiten einrichten durfte.

a) Zum Verhältnis von Tarifautonomie und Gesetz

Das Verhältnis von Tarifautonomie und Gesetz ist zunächst als problemlos empfunden worden. Nach der Normrangfolge von Verfassungsrecht, einfachem Gesetzesrecht und Tarifvertrag galt der unbedingte Vorrang des staatlichen Gesetzes. Nur eine dem Arbeitnehmer günstigere Tarifnorm sollte dem Gesetz vorgehen (178). Das Bundesverfassungsgericht sah deshalb die kollektive Koalitionsfreiheit nur "in dem von der staatlichen Rechtsetzung freigelassenen Raum" gewährleistet (179). Nach heute überwiegender Auffassung garantiert Art.9 Abs.3 GG den Tarifparteien jedoch einen Regelungsspielraum, der auch durch staatliche Gesetzgebung nicht aufgehoben werden darf (180). Das Grundrecht gewährleistet eine Ordnung des Arbeits- und Wirtschaftslebens, bei der der Staat seine Zuständigkeit zur Rechtsetzung weit zurückgenommen und die Bestimmung über die regelungsbedürftigen Einzelheiten des Arbeitsvertrages grundsätzlich den Koalitionen überlassen hat. Ihnen ist die Aufgabe zugewiesen und in einem Kernbereich garantiert, "insbesondere Löhne und sonstige materielle Arbeitsbedingungen" (181) in einem von der staatlichen Rechtsetzung freigelassenen Raum in eigener Verantwortung und im wesentlichen frei von staatlicher Einflußnahme durch Gesamtvereinbarungen sinnvoll zu ordnen. Der Tarifvertrag ist das Mittel zur Verwirklichung der von Art.9 Abs.3 GG intendierten Ordnung des Arbeitslebens (182).

Die "Normsetzungsprärogative" der Koalitionen (183) ist jedoch nicht unbegrenzt und unbeschränkt. Der staatliche Gesetzgeber ist vielmehr

weiterhin für die Ordnung des Arbeitslebens zuständig. Allerdings dürfen dem Betätigungsrecht der Koalitionen nur solche Grenzen gezogen werden, die zum Schutze anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind. Nur Regelungen, die nicht in dieser Weise gerechtfertigt sind, tasten den Kernbereich des Grundrechts an (184). Wenn das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang von der "subsidiären" Zuständigkeit des staatlichen Gesetzgebers spricht (185), meint es damit jedoch eher den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, das Übermaßverbot (186), das damit für die funktionale Abgrenzung von Tarifaufonomie und staatlicher Gesetzgebung anerkannt ist (187).

Danach gewährleistet Art.9 Abs.3 GG die Tarifaufonomie zwar nicht als ausschließende Form der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Das Grundrecht schließt andere Systeme der sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens nicht aus. Dem Gesetzgeber ist es jedoch verwehrt, "die Tariffähigkeit der Koalitionen dadurch auszuhöhlen, daß er die ihnen vom Grundgesetz zugesprochenen Aufgaben andersartigen Zusammenschlüssen zuweist" (188). Die Tarifaufonomie muß auch dann "im Prinzip" erhalten und funktionsfähig bleiben (189).

Das Betriebsverfassungsgesetz als solches widerspricht danach der Verfassung nicht (190). Das folgt schon aus der Kompetenz des Art. 74 Nr.12 GG. Die Zusammenschau von Grundrecht und Kompetenz ergibt, daß von der Verfassung her ein Funktionsverlust der Tarifaufonomie durch die Betriebsverfassung grundsätzlich zulässig ist. Gerade gegenüber betrieblicher Mitbestimmung und betrieblicher Normsetzung gibt es keine Exklusivität der Tarifaufonomie.

Fraglich kann allenfalls sein, ob die Betriebsverfassung, welche Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats und die Zuständigkeit der Betriebsparteien zur normativen Regelung der Arbeitsbedingungen im Zentrum tarifaufonomer Kompetenzen angesiedelt hat, nur deshalb nicht den Kernbereich der grundrechtlichen Garantie berührt, weil die §§ 77 Abs.3, 87 Abs.1 den Tarifparteien das Normsetzungsvorrecht einräumen. Ließe sich der Sinn der Tarifvorbehalte in dieser Weise aus Art.9 Abs.3 GG ableiten, könnte daraus wiederum der Umfang der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 bestimmt werden. Denn das Bundesverfassungsgericht sieht die Primäraufgabe der Tarifaufonomie in der Regelung der "Löhne und sonstigen materiellen Arbeitsbedingungen" (191).

Die Antwort kann für die Tatbestände der erzwingbaren Mitbestimmung und für die Zuständigkeit zu freiwilliger Regelung der Arbeitsbedingungen verschieden ausfallen.

b) Tarifaufonomie und Mitbestimmung

Eine Beeinträchtigung der Tarifaufonomie durch die betriebliche Mitbestimmung ist in erster Linie bei den Angelegenheiten vorstellbar, in denen der Betriebsrat auch über die Lohnhöhe mitbestimmen kann (192), und zwar nach herrschender Meinung auch uneingeschränkt durch eigene Initiative (193). Besonders brisant ist der Fall des § 87 Abs.1 Nr.11 insbesondere dann, wenn man es dem Betriebsrat nicht verwehrt, im Wege der Mitbestimmung auf die Höhe des Akkordrichtsatzes Einfluß zu nehmen (194). In diesem Fall wird über die Lohnhöhe nicht im Wege freier Vereinbarung der Parteien des Arbeitsvertrages oder der Koalitionen entschieden, sondern notfalls durch Spruch der Einigungsstelle. Gewinnt der Betriebsrat in diesem Gremium eine Mehrheit für sein Begehren, so kann er den Arbeitgeber auch zu einer Lohnerhöhung zwingen. Dieses als "Zwangsschlichtung" bezeichnete Verfahren (195) stellt sicher keinen Verstoß gegen Art.9 Abs.3 GG dar, weil der Eingangssatz des § 87 Abs.1 den Tarifparteien insoweit die Vorrangkompetenz einräumt (196). Ist die Regelung aber nur wegen des Vorbehalts verfassungskonform?

Der Gesetzgeber war jedenfalls nicht der Ansicht, daß betriebliche Mitbestimmung nur dann dem Grundgesetz entspricht, wenn sie unter einem Tarifvorbehalt steht. Denn er hat lediglich die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 einem Tarifvorbehalt unterstellt. Andere Mitbestimmungsrechte enthalten keinen expliziten Vorbehalt. Bestimmte mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten im Entgeltbereich sind sogar bewußt vom Vorbehalt tarifautonomer Regelungen ausgenommen worden. So gilt die Regelungssperre des § 77 Abs.3 nach § 112 Abs.1 Satz 4 nicht für den Sozialplan. Die Betriebsparteien sollten in diesem Bereich freie Hand haben (197). Angesichts der bekannten Rationalisierungsschutzabkommen (198) ist dies auf einem Gebiet geschehen, auf dem die Tarifparteien nicht untätig geblieben sind.

Die betriebliche Mitbestimmung bedarf auch weder beim Sozialplan noch in anderen Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes der Einschränkung durch Tarifvorbehalte, um vor Art.9 Abs.3 GG bestehen

zu können. Zwar werden die Betriebsparteien unter Einigungszwang gestellt. Die Attraktivität des freien Verhandlungsgrundsatzes mit Streikandrohung würde aber wohl unterschätzt, wenn man der am Betriebswohl orientierten Mitbestimmung dieselbe Durchschlagskraft wie der Tarifaufonomie zutraute. Die Vorstellung, die betrieblichen Einigungsstellen könnten eine Vorreiterrolle in den jährlichen Tarifrunden spielen, ist kaum lebensnah. In einer Zeit, in der regelmäßig dem ersten Tarifabschluß so überragender Einfluß auf alle folgenden Verträge zukommt, daß von seinen Daten nur noch in der ersten oder zweiten Stelle hinter dem Komma abgewichen wird, kann dem vereinzelt Spruch einer Einigungsstelle, sollte er gelingen, kaum eine richtungsweisende Wirkung zukommen.

Darüber hinaus hat das Gesetz die Einflußnahme der Gewerkschaften auf die Entscheidungsbildung auf allen Ebenen des Betriebes so institutionalisiert, daß die Betriebsratsarbeit bei Wahrnehmung dieser Rechte in die gewerkschaftliche Tarifpolitik integriert werden kann (199). Bei der Mitbestimmung räumt es den Tarifparteien sogar die Möglichkeit ein, die Entscheidung durch Errichtung einer tariflichen Schlichtungsstelle an sich zu ziehen (200). Bei der Regelung des Verfahrens der Schlichtungsstelle kann der Tarifvertrag von den gesetzlichen Vorschriften über die Einigungsstelle abweichen. Die Entscheidung der betrieblichen Streitfrage und das betriebliche Schlichtungsverfahren können deshalb so ausgestaltet werden, daß die Tarifaufeinandersetzungen nicht gestört werden. Damit hat der Gesetzgeber die Entscheidung der Frage, ob die Tarifaufonomie durch die betriebliche Mitbestimmung beeinträchtigt werden kann, in die Hände der unmittelbar Betroffenen, nämlich der Tarifparteien gelegt. Soweit die Koalitionen die Möglichkeit haben, in dieser Weise Entscheidungen auf der Betriebsebene zu treffen, kann die Mitbestimmung die Tarifaufonomie nicht aushöhlen (201).

c) Art.9 Abs.3 GG und Betriebsvereinbarungsautonomie

Der direkte Zugriff auf die betriebliche Entscheidung ist den Tarifparteien versagt, wenn sich Betriebsrat und Arbeitgeber über eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit einigen oder eine Arbeitsbedingung regeln, die nicht der Mitbestimmung unterliegt. Die Zuständigkeit zu freiwilliger normativer Regelung der Arbeitsbedingungen wird zum Teil schon deshalb für verfassungsrechtlich unbedenklich ge-

halten, weil § 74 Abs.2 dem Betriebsrat Maßnahme des Arbeitskampfes vorenthält (202). Die Existenz umfangreicher betrieblicher Lohnsysteme, die in den Sechziger- und Siebzigerjahren gewachsen sind, scheint diese Auffassung jedoch zu widerlegen. Da großräumige Verbandstarifverträge für alle Unternehmen einer Region und einer Branche gleiche Mindestarbeitsbedingungen festlegen und sich der von ihnen gesetzte Standard an den kleineren finanzschwächeren Unternehmen orientieren muß, können die ausgehandelten Tarifbedingungen für die Arbeitnehmer der größeren Unternehmen oft von vornherein nicht akzeptabel sein. Daß in diesen Unternehmen zumindest in Zeiten der Hochkonjunktur jedem Tarifabschluß eine Lohnverhandlung auf Betriebsebene folgt, ist nicht verwunderlich.

Bei der Entscheidung der Frage, ob das Grundgesetz eine solche Entwicklung mißbilligt und deshalb zur Sicherung der Tarifautonomie Tarifvorbehalte im Betriebsverfassungsgesetz erfordert, ist auf die einzelnen Funktionen des § 77 Abs.3 abzustellen: den Ausschluß des Günstigkeitsprinzips, das Verbot, Tarifbestimmungen durch Betriebsvereinbarung zu übernehmen und die Verhinderung von Störungen der Tarifverhandlungen durch den Üblichkeitsvorbehalt (203).

aa) Zum Ausschluß des Günstigkeitsprinzips und zum Üblichkeitsvorbehalt

Die Beseitigung des Günstigkeitsprinzips zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung, durch § 77 Abs.3 übrigens erstmals vollständig durchgeführt (204), kann nur dann als Vollzug einer verfassungsrechtlichen Grundentscheidung angesehen werden, wenn die Tarifparteien der Besetzung des tariflich nicht erfaßten Bereichs durch betriebliche Normsetzung tatenlos zusehen müssen, ohne selbst Einflußmöglichkeiten zu besitzen.

Spielraum für freiwillige Betriebsvereinbarungen, besonders im lohnpolitischen Bereich, kann in drei grundsätzlichen Situationen entstehen: der Tarifvertrag gilt nicht, weil der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist (I), ein Verbandstarifvertrag, der sich an den leistungsschwächeren Unternehmen einer Branche orientieren muß, berücksichtigt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der größeren Unternehmen nicht ausreichend (II), während des Laufs eines Tarifvertrages wird infolge eines nicht vorhergesehenen wirtschaftlichen Auf-

schwungs eine Anpassung der Löhne an die gestiegenen Gewinne gewünscht (III). Davon sind die Fälle (I) und (II) aus tarifrechtlicher Sicht unproblematisch.

(I) Da auch der einzelne Arbeitgeber tariffähig ist, kann er von der zuständigen Gewerkschaft notfalls durch Streik zum Abschluß eines Tarifvertrages gezwungen werden.

(II) Verbandstarifpolitik ist geradezu darauf angelegt, finanzstarken Unternehmen Spielraum für betriebliche Lohnpolitik zu eröffnen. Sie ist aber nur eine Form der von § 2 Abs.1 TVG vorgesehenen und erlaubten Tarifpolitik. Will die Gewerkschaft die Arbeitsbedingungen im Betrieb eines organisierten Arbeitgebers abweichend von den übrigen verbandlichen Bedingungen regeln, so kann sie anstelle eines Verbandstarifvertrages oder zusätzlich zu einem Verbandstarifvertrag einen Firmentarifvertrag abschließen, sofern sich der Arbeitgeber dazu bereitfindet. Der Beitritt eines Arbeitgebers zu einem Arbeitgeberverband führt nämlich nicht zum Verlust der Tariffähigkeit (205). Streitig ist lediglich, ob der organisierte Arbeitgeber durch Streik zum Abschluß eines solchen Vertrages gezwungen werden kann (206). Dies wird zwar während des Laufs eines Verbandstarifvertrages wegen der diesem Vertrag innewohnenden Friedenspflicht nicht möglich sein. Nach Ablauf eines Verbandstarifvertrages wird man der Gewerkschaft das ihr nach § 2 Abs.1 TVG eröffnete Wahlrecht des Verhandlungspartners jedoch nicht nehmen können (207). Selbst wenn man aber der Ansicht folgt, die es unter Berufung auf Art.9 Abs.3 GG für unzulässig hält, einen organisierten Arbeitgeber zu zwingen, einen Tarifvertrag allein mit der zuständigen Gewerkschaft abzuschließen, kann man es der Gewerkschaft nicht verwehren, zumindest im Wege eines firmenbezogenen Verbandstarifvertrages die Besonderheiten eines einzelnen Unternehmers, im Lohnbereich etwa die besonders günstige Ertragslage, tarifvertraglich durch differenzierte Verbesserungen der Arbeitsbedingungen auch kampfwise durchzusetzen (208).

(III) Problematisch ist danach allein der Fall (III). Während des Laufs eines Tarifvertrages sind den Tarifparteien wegen der tariflichen Friedenspflicht die Hände gebunden. Eine ernsthafte Bedrohung der Tarifautonomie kann sich und hat sich in der Vergangenheit daraus nicht ergeben. Bei den in der Regel mit einer Laufzeit von nur

einem Jahr geschlossenen Tarifverträgen über Lohn, Gehalt und Urlaub sind schon die Möglichkeiten eines bei den Verhandlungen nicht vorhersehbaren Aufschwungs während der Zeit der Friedenspflicht gering. Darüber hinaus ist nicht zu erwarten, daß sich Unternehmer, die sich in einem solchen Fall vorzeitigen Tarifverhandlungen verschließen, auf breiter Front zu freiwilligen Leistungsverbesserungen durch Betriebsvereinbarung bereitfinden.

Das gilt auch für die Zeit zwischen dem Ablauf eines Tarifvertrages und dem Abschluß eines neuen. Störungen der Tarifverhandlungen sollen zwar dadurch verhindert werden, daß § 77 Abs.3 Sperrwirkung auch im Falle bloß üblicher Tarifregelung entfaltet (209). In diesem Falle sorgt aber schon die beiderseitige Verbandspolitik dafür, daß auf der Betriebsebene die Ergebnisse von Tarifverhandlungen nicht präjudiziert werden.

bb) Zum Verbot von Außenseiterschutz

Es war eines der Anliegen der Gewerkschaften bei der Neuregelung des Betriebsverfassungsgesetzes, zu verhindern, daß Betriebsvereinbarungen tarifliche Regelungen auf nicht tarifgebundene Arbeitsverhältnisse ausdehnen (210). Da die Gewerkschaften diesen Bereich kaum beeinflussen können, ist ein verfassungsrechtlicher Hintergrund dieses Zwecks des § 77 Abs.3 noch am ehesten denkbar. Allerdings dürfte es dem Bundesarbeitsgericht schwerfallen, die Vorschrift gerade in dieser Funktion aus Art.9 Abs.3 GG abzuleiten. Rechtsprechung und herrschende Meinung hatten zu § 59 BetrVG 1952 in der Übernahme von Tarifbestimmungen nämlich keine Gefährdung, sondern eine Stabilisierung der Tarifaufonomie gesehen (211). Der Gesetzgeber hat zwar in der Fassung des § 77 Abs.3 zum Ausdruck gebracht, daß er diese Auffassung nicht teilt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht war er aber dazu nicht verpflichtet. In den meisten Fällen sind Betriebsvereinbarungen, die Tarifbestimmungen übernehmen, nämlich schon nach allgemeinen Grundsätzen unwirksam. Wenn der Arbeitgeber und ein Teil der Belegschaft tarifgebunden sind, zielt eine solche Betriebsvereinbarung lediglich auf die Arbeitsverhältnisse der Tarifaußenseiter ab. Die Gewerkschaftsangehörigkeit ist aber kein zulässiger Anknüpfungspunkt für eine Betriebsvereinbarung, die nicht für sämtliche, sondern nur für eine Gruppe von Arbeitnehmern gilt (212).

Im übrigen muß jede Auffassung, die den Sinn des § 77 Abs.3 in der verfassungsrechtlich gebotenen Sicherung der Tarifautonomie sieht, in Schwierigkeiten kommen, da andere betriebliche Vereinbarungen in ähnlicher Weise die tarifautonome Regelungskompetenz der Verbände beeinträchtigen können und die Sperrvorschrift insoweit keine Anwendung findet. Das gilt insbesondere für die arbeitsvertragliche Einheitsregelung, die Gesamtzusage und die Betriebsübung. Von diesen vielfältigen Möglichkeiten zu betriebseinheitlicher Regelung der Arbeitsbedingungen im tariffreien Raum verbietet § 77 Abs.3 lediglich die Regelung durch Betriebsvereinbarung. Angesichts der funktionellen Austauschbarkeit von Betriebsvereinbarung und arbeitsvertraglicher Einheitsregelung bzw. Betriebsübung (213), die zudem noch auf einer Regelungsabrede zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat beruhen können, ist es nicht begründbar, das Verbot von Betriebsvereinbarungen für verfassungsrechtlich geboten, andere Einheitsregelungen der Arbeitsbedingungen auf Betriebsebene für grundgesetzlich unbedenklich zu halten. Lohnsysteme auf betrieblicher Ebene bedeuten faktisch immer eine Beeinträchtigung der Tarifautonomie durch Schwächung der Werbungskraft der Tarifverträge, gleichgültig ob diese Systeme im Wege einer Betriebsvereinbarung normativ auf die betroffenen Arbeitsverhältnisse einwirken oder ob sie aufgrund einer formlosen Betriebsabsprache oder lediglich nach Fühlungnahme mit dem Betriebsrat vom Arbeitgeber im Wege einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung mit den Arbeitnehmern vereinbart werden. Angesichts der Möglichkeiten des Betriebsrats, seine Beteiligung an einem Angebot des Arbeitgebers an die Belegschaft publik zu machen, muß die Begründung der Sperrwirkung des Tarifvertrages nach § 77 Abs.3 lediglich gegenüber betriebsvereinbarungsrechtlichen Regelungen als zufällig und damit wertungswidersprüchlich angesehen werden.

cc) Durchsetzung des Verbots

Letztlich kann nicht übersehen werden, daß eine Durchsetzung des Verbots den Gewerkschaften praktisch nur zulasten ihrer Attraktivität bei organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern möglich ist. Das Vorgehen gegen eine von einem organisierten Betriebsrat geschlossene Betriebsvereinbarung muß von der Belegschaft als Austragung eines gewerkschaftlichen Konflikts auf ihrem Rücken angesehen werden. Für den nicht organisierten Betriebsrat bedeutet es eine Stärkung seiner Position im Betrieb, wenn den Arbeitnehmern von ihm

ausgehandelte Arbeitsbedingungen auf Betreiben der Gewerkschaft entzogen werden. Die Gewerkschaften haben diese Mechanismen auch erkannt. Anders läßt sich ihre Inaktivität gegenüber den zahlreichen Verstößen gegen § 59 BetrVG 1952 nicht erklären. Zur Sicherung der Tarifautonomie ist § 77 Abs.3 also eine stumpfe Waffe.

Der Tarifvorbehalt des § 77 Abs.3 läßt sich danach aus Art.9 Abs.3 GG verfassungsrechtlich nicht ableiten. Betriebliche Mitbestimmung und betriebliche Normsetzung als betriebsverfassungsrechtliche Ermächtigung zur Regelung der Arbeitsbedingungen stünden auch dann mit der Verfassung im Einklang, wenn sie durch § 77 Abs.3 nicht beschränkt wären. Das den Verbänden, namentlich den Gewerkschaften durch das Tarifvertragsgesetz zur Verfügung gestellte Instrumentarium ist so differenziert, daß bei Wahrnehmung dieser Möglichkeiten der Spielraum zur betrieblichen Gestaltung der Arbeitsbedingungen im tariffreien Raum so gering ist, daß seine Ausnutzung durch die Betriebsparteien die Tarifautonomie nicht gefährden kann. Die grundgesetzlich gesicherte Tarifautonomie ist im Tarifvertragsgesetz rechtlich so attraktiv ausgestattet, daß sie nicht gegen die Konkurrenz durch die Betriebsparteien geschützt werden muß. Der Gesetzgeber, der in § 77 Abs.3 gleichwohl zu erkennen gegeben hat, daß er diesen Schutz für erforderlich hält, war dazu jedenfalls verfassungsrechtlich nicht verpflichtet.

Da sich § 77 Abs.3 aus der Verfassung nicht begründen läßt, erfordert das Grundgesetz auch keine bestimmte Auslegung der Norm. Diese kann und muß sich deshalb allein an funktionalen Kriterien orientieren. Aus der Sicht der Tarifautonomie besteht kein Anlaß, den Begriff der Arbeitsbedingungen einschränkend auszulegen. Wenn die Tarifparteien eine formelle Arbeitsbedingung für regelungsrelevant halten, ist diese Bestimmung grundsätzlich ebenso gewichtig wie eine materielle Arbeitsbedingung.

Anders kann sich das Problem allerdings aus der Sicht der Betriebsverfassung stellen: Ist die Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung nicht gefährdet, wenn man die Zuständigkeit der Betriebsparteien gerade auf dem Gebiet formeller Arbeitsbedingungen einschränkt?

VI Tarifvorbehalt und Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung

Die Gestaltung der betrieblichen Ordnung müßte vorrangig den einzelnen Betrieben überlassen bleiben, weil sie sich nach Erfordernissen zu richten habe, die am besten auf der Betriebsebene zu berücksichtigen seien, die Einbeziehung der formellen Arbeitsbedingungen führe zu praktisch nicht tragbaren Ergebnissen (214); die Betriebsvereinbarung solle lediglich als Mittel der Lohnpolitik ausgeschlossen werden, ihre betriebliche Ordnungsfunktion jedoch erhalten bleiben (215). Alle diese Ansichten lassen die Besorgnis erkennen, daß die Erstreckung der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 auf die formellen Arbeitsbedingungen die Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung beeinträchtigt. Bei ihrer Überprüfung sind zwei Fragestellungen zu unterscheiden: Zunächst ist grundsätzlich zu klären, ob die Eignung des Tarifvertrages, die auf der Betriebsebene als regelungsbedürftig empfundenen Fragen zu gestalten, geringer ist als die der Betriebsvereinbarung (216). Ist typologisch den formellen Arbeitsbedingungen die Betriebsvereinbarung und den materiellen Arbeitsbedingungen primär der Tarifvertrag als normatives Gestaltungsmittel zugeordnet? Dann kommt es darauf an, ob gerade die Vorschrift des § 77 Abs.3 geeignet ist, die Arbeit der Betriebsparteien zu stören, wenn man ihre Schranken auch auf die formellen Arbeitsbedingungen erstreckt.

1. Die Eignung von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung zur Regelung der formellen Arbeitsbedingungen

Für die bessere Eignung der Betriebsvereinbarung zur Regelung der formellen Arbeitsbedingungen können zwei Gesichtspunkte sprechen: Sachnähe und das Erfordernis betriebseinheitlicher Regelung ohne Berücksichtigung der Gewerkschaftszugehörigkeit, das Differenzierungsverbot.

a) Das Kriterium des Differenzierungsverbots

Ziel tariflicher Rechtsnormen ist die Regelung der Rechtsstellung der tarifunterworfenen Personen, also des tarifgebundenen Arbeitgebers und der in der tarifschließenden Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmer. Soweit die Tarifbestimmungen zum Inhalt der betrof-

fenen Arbeitsverhältnisse werden sollen, gelten sie nach § 4 Abs.1 TVG auch lediglich zwischen den Tarifgebundenen. Sieht man zunächst von den Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen ab, ist der Tarifvertrag auf die unterschiedliche Behandlung organisierter und nicht organisierter Arbeitnehmer ausgerichtet. Es entspricht seit eh und je der Tarifpolitik der Gewerkschaften, zu verhindern, daß die Vorteile der Tarifverträge denjenigen Arbeitnehmern zugute kommen, die sich nicht durch Zahlung ihrer Mitgliedsbeiträge an der Unterstützung der Organisationen beteiligen ("Trittbrettfahrer") (217). Demgegenüber ist die Betriebsvereinbarung auf die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer des Betriebes angelegt. Sie ist das Gestaltungsmittel der "generellen Ordnung" (218) einer abstrakt abgegrenzten Gruppe von Arbeitsverhältnissen, für die das Differenzierungsmerkmal der Gewerkschaftszugehörigkeit nach § 75 Abs.1 keine Rolle spielt und spielen darf.

Die Gleichbehandlungsverpflichtung der Betriebsvereinbarung vermag jedoch ihre bessere Eignung zur Regelung formeller Arbeitsbedingungen nicht zu begründen. Denn der Gesetzgeber hat auch im Tarifvertragsgesetz Wertungskriterien für die Fälle gegeben, in denen er eine tariflich gestaltete einheitliche betriebliche Ordnung für wünschenswert hält. Das sind die durch tarifliche Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen gemäß § 3 Abs.2 TVG zu regelnden Fälle, in denen eine Unterscheidung zwischen organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern unzweckmäßig ist. Es ist nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber des Betriebsverfassungsgesetzes die Eignung des Tarifvertrages anders eingeschätzt hat. Daß er den Tarifvertrag auch als geeignetes Instrument zur Gestaltung der betrieblichen Ordnung ansieht, hat er im Eingangssatz des § 87 Abs.1 unterstrichen (219). Entfällt dort sogar das zum Schutze der Belegschaft eingerichtete Mitbestimmungsrecht, wenn ein Tarifvertrag eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit regelt, muß dadurch die Behauptung einer Primärzuständigkeit der Betriebsvereinbarung in den formellen Angelegenheiten als widerlegt angesehen werden. Die dahingehende Auffassung orientiert sich allein an einer Tariftypik, die der Gesetzgeber weder in das Tarifvertragsgesetz noch in das Betriebsverfassungsgesetz übernommen hat.

b) Das Kriterium der Sachnähe

Der Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 läßt sich auch gegen eine Bevorzugung der Betriebsvereinbarung unter dem Gesichtspunkt der Sachnähe in Anspruch nehmen. Der Eingangssatz dieser Vorschrift ist nur sinnvoll, wenn man sich detaillierte und ohne weitere Vollzugsregelung praktikable Tarifbestimmungen vorstellen kann, die allein geeignet sind, das Mitbestimmungsrecht auszuschließen. Das gilt erst recht, wenn man sich die Möglichkeiten zu betriebsnahen Regelungen aus der Sicht des Tarifvertragsgesetzes vor Augen hält.

Wenn § 77 Abs.3 die Normsetzungsbefugnis der Betriebsparteien zugunsten tariflicher Rechtsetzung ausschließt, heißt das in der Regel, daß die betriebliche Normsetzung gegenüber der überbetrieblichen Normsetzung zurückzutreten hat, also die Betriebsvereinbarung gegenüber dem in der Praxis üblichen Verbandstarifvertrag. Im Falle eines Firmentarifvertrages oder eines firmenbezogenen Verbandstarifvertrages ist jedoch der Regelungsbereich von Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag gleich. Das Tarifvertragsgesetz stellt den Verbänden, namentlich den Gewerkschaften, damit ein Instrumentarium zur Verfügung, auch tariflich den besonderen Gegebenheiten einzelner Unternehmen gerecht zu werden. Die in den Gewerkschaften unter dem Stichwort "betriebsnahe Tarifpolitik" diskutierten Modelle (220) haben auch nicht ausschließlich das Ziel, die von den Unternehmen effektiv gezahlten Arbeitslöhne zu tarifieren, um das Auseinanderklaffen von Tarif- und Effektivlöhnen zu verhindern, sondern beschäftigen sich durchaus auch mit der Regelung formeller Arbeitsbedingungen. So sah etwa der von einer Tarifkommission der Industriegewerkschaft Metall im Jahre 1963 ausgearbeitete Entwurf für einen Firmenvertrag mit den Ford-Werken nicht nur eine Springerregelung für die Arbeit am Band (221) vor, sondern legte sogar die Reihenfolge der Wagentypen auf dem Fließband fest (222). Nun ist zwar der seinerzeit angestrebte Firmentarifvertrag nicht zustande gekommen (223), und die Gewerkschaften haben auch ihre betriebsnahe Tarifpolitik bisher nicht durchzusetzen vermocht. Diese Umstände berechtigen jedoch nicht dazu, die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten zur tariflichen Erfassung formeller Arbeitsbedingungen außerachtzulassen.

Eine Primärzuständigkeit der Betriebsvereinbarung vor dem Tarifvertrag im Bereich der eher auf den einzelnen Betrieb zugeschnittenen

formellen Arbeitsbedingungen läßt sich damit weder unter dem Gesichtspunkt des betrieblichen Differenzierungsverbots noch unter dem Gesichtspunkt der Sachnähe begründen. Das heißt aber noch nicht, daß es für die betriebliche Praxis nicht sinnvoll sein kann, diese Angelegenheiten von der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 auszunehmen.

2. Gefährdung betriebsnotwendiger Regelungen durch Tarifvertrag

Wenn sich auch im Rechtssinne Betriebsvereinbarung und formelle Arbeitsbedingungen einerseits sowie Tarifvertrag und materielle Arbeitsbedingungen andererseits nicht zuordnen lassen, kann doch nicht verkannt werden, daß der Schwerpunkt der Tätigkeit des Betriebsrats zumindest quantitativ bei den formellen Arbeitsbedingungen liegt. Da § 77 Abs.3 auch für diese Arbeitsbedingungen die Zuständigkeit der Betriebsvereinbarungsparteien schon bei nur tarifüblicher Regelung beseitigt, ohne daß also an die Stelle einer beabsichtigten betrieblichen Regelung ein Tarifvertrag treten würde, läßt sich durchaus von einem weitreichenden Eingriff in die betriebliche Autonomie sprechen. Auf den ersten Blick erscheint deshalb auch der Schluß plausibel, die Erstreckung der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 auf die formellen Arbeitsbedingungen führe zu praktisch nicht tragbaren Ergebnissen (224). Angesichts der Tarifpraxis der Koalitionen ist jedoch weder diese noch die Gegenansicht mit Beispielen aus der Praxis zu belegen. Biedenkopf (225) hat seinen Widerspruch gegen die herrschende Meinung zu § 59 BetrVG 1952 deshalb auch mit der Feststellung verbunden, daß sich seine Ansicht von der herrschenden nicht im Hinblick auf die aktuelle Tarifpolitik, sondern lediglich in der Einschätzung der künftigen Entwicklung unterscheide. Bezieht man allerdings die Tarifpraxis selbst in die Argumentation ein, so ist wohl der Schluß zulässig, daß eine Erstreckung der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 auf die formellen Arbeitsbedingungen wegen der insoweit eher passiven Haltung der Tarifparteien zumindest bisher nicht geschadet hätte.

Dieses Ergebnis wird noch einleuchtender, wenn man sich die formellen Arbeitsbedingungen näher ansieht, die der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 unterliegen können. Angesichts der unbeschränkten Regelungsbefugnis der Betriebsparteien nach § 88 ist der Kreis der betroffenen Angelegenheiten zwar grundsätzlich offen. Eine Gefährdung der Betriebsautonomie durch die Einbeziehung der formellen Arbeitsbe-

dingungen in den Wirkungskreis des § 77 Abs.3 muß sich jedoch, wenn diese These überzeugen soll, zumindest bei den formellen Angelegenheiten nachweisen lassen, die das Gesetz wegen ihrer Wichtigkeit für den betrieblichen Alltag ausdrücklich nennt. Das sind die Arbeitsbedingungen aus dem Katalog des § 87 Abs.1 sowie die von § 88 erwähnten Angelegenheiten.

a) Die Arbeitsbedingungen des § 87 Abs.1

Wie weit Angelegenheiten aus dem Katalog des § 87 Abs.1 von einer Erstreckung der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 auf die formellen Arbeitsbedingungen betroffen werden, hängt von der später ausführlich zu erörternden Frage ab, ob § 77 Abs.3 überhaupt im Bereich des § 87 Abs.1 anzuwenden ist (226). Bereits hier läßt sich aber feststellen, daß die formellen Arbeitsbedingungen, soweit sie der Mitbestimmung des § 87 Abs.1 unterliegen, nur durch einen für den Betrieb nach den Eingangsworten des § 87 Abs.1 Satz 1 geltenden Tarifvertrag (227) der betrieblichen Zuständigkeit entzogen werden. Gleichgültig, ob man mit der Vorrang-Theorie die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 überhaupt von der Geltung des § 77 Abs.3 ausnimmt oder mit den Zwei-Schranken-Theorien das Mitbestimmungsrecht selbst bestehen läßt und durch § 77 Abs.3 lediglich seine Realisierung durch Betriebsvereinbarung verbietet, beziehungsweise das Mitbestimmungsrecht selbst nur in den materiellen Angelegenheiten des § 87 Abs.1 durch § 77 Abs.3 ausschließt, bleibt die betriebliche Zuständigkeit bei diesen Mitbestimmungsrechten durch § 77 Abs.3 unberührt. Bleiben damit also die für die Betriebspraxis so wichtigen Mitbestimmungsrechte der Fragen der Ordnung des Betriebes (§ 87 Abs.1 Nr.1), der Verteilung der tariflich festgelegten Arbeitszeit und der Pausen (§ 87 Abs.1 Nr.2) und der Festlegung der Urlaubszeiten (§ 87 Abs.1 Nr.5) dem Anwendungsbereich des § 77 Abs.3 entzogen, so spricht schon nicht mehr viel für die Richtigkeit der These, daß die Einbeziehung formeller Arbeitsbedingungen in den Sperrbereich des § 77 Abs.3 praktisch zu unzumutbaren Eingriffen in die betriebliche Selbstverwaltung führt. Dieser Eindruck wird erhärtet, wenn man sich die Angelegenheiten des § 88 näher ansieht.

b) Die Arbeitsbedingungen des § 88

Bei den von § 88 ausdrücklich genannten Angelegenheiten kommen nur

die unter Nr.1 und 2 genannten als formelle Arbeitsbedingungen in Betracht. Bei den Maßnahmen zur Förderung der Vermögensbildung nach § 88 Nr.3 handelt es sich um Fragen, die das Arbeitsentgelt im Sinne des § 77 Abs.3 betreffen. Ob sie deshalb dem Tarifvorbehalt dieser Vorschrift unterliegen, hängt nicht davon ab, wie man die "sonstigen Arbeitsbedingungen" definiert.

Während der Betriebsrat nach § 87 Abs.1 Nr.8 bei der Form, Ausgestaltung und Verwaltung von Sozialeinrichtungen ein Mitbestimmungsrecht hat, liegt die Entscheidung über die Errichtung der Einrichtung beim Arbeitgeber (228). Die dabei auftretenden Fragen können die Betriebsparteien jedoch durch freiwillige Betriebsvereinbarung nach § 88 Nr.2 regeln. Da die Sozialeinrichtungen in ihrem Wirkungsbereich auf den Betrieb, das Unternehmen oder den Konzern beschränkt sein müssen, kommt eine Konkurrenz zu tariflich errichteten Institutionen, namentlich den gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien im Sinne des § 4 Abs.2 TVG kaum in Betracht. Im übrigen werden mit einer Betriebsvereinbarung, die lediglich die Errichtung einer Sozialeinrichtung einschließlich der Bestimmung ihres Zwecks und der Dotierung regelt, keine Ansprüche der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber begründet. Erst der Leistungsplan, d.h. die Ordnung, nach der Leistungen an den begünstigten Personenkreis zu erbringen sind, obliegt dann der Mitbestimmung nach § 87 Abs.1 Nr.8 (229). Die bloße Errichtung der Einrichtung ist kein Faktor, der auf das Arbeitsverhältnis einwirkt und somit keine Arbeitsbedingung, so daß aus diesem Grunde § 77 Abs.3 schon nicht zur Anwendung kommen kann.

Mit § 88 Nr.1 hat das Gesetz den Betriebsparteien ausdrücklich die Regelung zusätzlicher Maßnahmen zur Verhütung von Arbeitsunfällen und Gesundheitsschädigungen durch Betriebsvereinbarung eröffnet. Dabei handelt es sich um formelle Arbeitsbedingungen. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist jedoch gering. Das Gesetz spricht nämlich ausdrücklich von "zusätzlichen" Maßnahmen. Zunächst sind deshalb auf diesem Gebiet die gesetzlichen Vorschriften und die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften maßgeblich. Lassen diese dem Arbeitgeber einen Entscheidungsspielraum, dann hat der Betriebsrat bei beabsichtigten Regelungen zunächst ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs.1 Nr.7. Werden Maßnahmen zur Verhütung von Arbeitsunfällen und Gesundheitsschädigungen als Folge einer Änderung der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsumgebung er-

forderlich, so steht dem Betriebsrat weiterhin ein Mitbestimmungsrecht nach § 91 zu. Für freiwillige Betriebsvereinbarungen nach § 88 Nr.1 kommen deshalb allein solche Angelegenheiten in Betracht, für die weder gesetzliche Arbeits- und Gesundheitsschutzvorschriften, Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften oder Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs.1 Nr.7 und nach § 91 bestehen.

Der Spielraum für die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 wird weiterhin dadurch verringert, daß viele Schutzmaßnahmen keine Arbeitsbedingungen darstellen. So ist etwa die zusätzliche Freistellung eines Sicherheitsbeauftragten und die Beschreibung seines Aufgabenbereichs oder eine Vereinbarung über die Verwendung von Sicherheitsfarben und -Kennzeichen (230) kein Faktor, der auf das Arbeitsverhältnis einwirkt. Erst bei den dann noch verbleibenden Angelegenheiten, etwa der Einführung inner- und außerbetrieblicher Sicherheitsschulungen einschließlich der Teilnahmebedingungen oder der Aussetzung von Prämien für sicherheitsgemäßes Verhalten stellt sich letztlich die Frage, ob in Betrieben, deren Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist, auch dann die Zuständigkeit der Betriebsparteien zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen über eine zusätzliche Maßnahme zur Verhütung von Arbeitsunfällen und Gesundheitsschädigungen erhalten bleiben muß, wenn die Tarifparteien diese Angelegenheit für so wichtig befunden haben, daß sie sogar angesichts der ausdrücklichen Zuständigkeit der Betriebsvereinbarungsparteien nach § 88 Nr.1 eine Regelung getroffen haben. Die Beantwortung dieser Frage kann nur zugunsten der Tarifaufonomie ausfallen. Für den Schutz der Arbeitnehmer ist durch die gesetzlichen Unfallvorschriften, die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften und die Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs.1 Nr.7 und § 91 so ausreichend gesorgt, daß die Zuständigkeit der Betriebsparteien in einem solchen Ausnahmefalle entbehrlich erscheinen kann.

Gesetzlich geregelte Fälle für den Abschluß von Betriebsvereinbarungen in formellen Arbeitsbedingungen können nach alledem nicht für eine Herausnahme dieser Angelegenheiten aus der Schrankenwirkung des § 77 Abs.3 sprechen. Die auf den ersten Blick überzeugende Behauptung, die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 schränke in formellen Angelegenheiten die betriebliche Selbstverwaltung unzumutbar ein, läßt sich anhand der gesetzlich geregelten Angelegenheiten nicht begründen.

Hat sich nun einerseits gezeigt, daß die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 im Bereich formeller Arbeitsbedingungen nicht automatisch zu untragbaren Ergebnissen führt, so läßt sich andererseits leicht nachweisen, daß die durch § 77 Abs.3 errichteten Zuständigkeits-schranken im Bereich materieller Arbeitsbedingungen nicht immer ohne weiteres zumutbar sind.

c) Betriebsnotwendige Entgeltregelungen

Bei der Aufstellung betrieblicher Sozialpläne, welche die wirtschaftlichen Nachteile von Betriebsänderungen für die Arbeitnehmer ausgleichen sollen, hat der Gesetzgeber in § 112 Abs.1 Satz 4 ausdrücklich anerkannt, daß ein Ausschluß der Mitbestimmung des Betriebsrats durch § 77 Abs.3 unzumutbar ist. Er hat aus diesem Grunde die Anwendung der Vorschrift ausgeschlossen (231).

Im Schrifttum werden darüberhinaus weitere Fälle diskutiert, in denen die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 auch bei betriebsvereinbarungsrechtlichen Entgeltregelungen für unangemessen gehalten wird. So wird etwa die Ansicht vertreten, daß die Regelung übertariflicher Arbeitsbedingungen zum Zwecke der Sanierung notleidend gewordener Unternehmen durch Betriebsvereinbarung nicht an § 77 Abs.3 scheitern soll (232). Ferner soll die Anpassung einer betrieblichen Gratifikations- oder Versorgungsordnung an eine neue tarifliche Regelung durch Betriebsvereinbarung trotz § 77 Abs.3 möglich sein (233). Letztlich soll die Vorschrift auch Maßnahmen zur Förderung der Vermögensbildung durch Betriebsvereinbarung wegen ihrer ausdrücklichen Erwähnung in § 88 Nr.3 nicht erfassen, weil diese Vorschrift ihre Bedeutung sonst verlieren würde (234).

Den Einzelfragen kann hier nicht nachgegangen werden. Die angesprochenen Probleme verdeutlichen jedoch, daß man es sich zu einfach macht, wenn man die materiellen Arbeitsbedingungen primär der Zuständigkeit der Tarifparteien und die formellen Arbeitsbedingungen den Betriebsparteien zur normativen Regelung zuweist.

Hier bleibt festzustellen, daß sich eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung durch Einbeziehung der formellen Arbeitsbedingungen in die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 anhand der gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeiten nicht feststellen läßt.

Andererseits kann die Sperrwirkung im Bereich der materiellen Arbeitsbedingungen zu schwer hinnehmbaren Eingriffen in die betriebliche Autonomie führen. Eine Auffassung, welche die Grenze für die Zumutbarkeit der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 anhand der Unterscheidung formeller und materieller Arbeitsbedingungen zieht, wird deshalb der Wirklichkeit der heutigen Betriebsverfassung nicht gerecht.

VII Zwischenergebnis

§ 77 Abs.3 schließt das Günstigkeitsprinzip zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung aus und verbietet die normative Übernahme von Tarifbestandteilen insbesondere mit Wirkung für die nicht organisierten Arbeitnehmer. Seiner Sperrwirkung unterliegen sämtliche Arbeitsbedingungen. Eine Auslegung der "sonstigen Arbeitsbedingungen" im Sinne materieller Arbeitsbedingungen, wie sie im Anschluß an die herrschende Auffassung zu § 59 BetrVG 1952 auch für § 77 Abs.3 vertreten wird, läßt sich aus Wortlaut, Gesetzessystematik und Normzweck nicht herleiten.

Einziger Zweck des § 77 Abs.3 ist der Schutz der Tarifaufonomie vor Konkurrenz durch die Betriebsparteien, namentlich der Gewerkschaften vor den Betriebsräten. Dieser Schutz ist jedoch höchst unvollkommen eingerichtet. Die Norm kann nämlich lediglich den Abschluß von Betriebsvereinbarungen verbieten. Sie läßt einheitliche Regelungen von Arbeitsbedingungen, die nur arbeitsvertraglich Geltung erlangen, auch dann unberührt, wenn sie auf einer Regelungsabrede der Betriebsparteien beruhen.

Als legislatorische Entscheidung läßt sich § 77 Abs.3 nicht aus der Verfassung begründen. Art.9 Abs.3 GG gewährleistet die Tarifaufonomie nicht als ausschließliche Form der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Tarifvertragsgesetz auf der einen und Betriebsverfassungsgesetz auf der anderen Seite haben jedoch die Tarifaufonomie so attraktiv ausgestattet und das Zusammenwirken zwischen Gewerkschaft und Betriebsrat so intensiv institutionalisiert, daß ein weiterer Schutz durch einen Tarifvorbehalt wie § 77 Abs.3 von der Verfassung her entbehrlich erscheint. Dabei fällt auch ins Gewicht, daß eine Durchsetzung des Verbots durch die Gewerkschaften nur zulasten ihrer Attraktivität möglich ist.

Eine Auslegung des Begriffs der "sonstigen Arbeitsbedingungen" unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Inhalte kommt danach nicht in Betracht.

Auch aus der Sicht der Betriebsverfassung besteht kein Anlaß zu einschränkender Auslegung. Die häufig zu lesende Behauptung, eine Einbeziehung formeller Arbeitsbedingungen in den Sperrbereich des § 77 Abs.3 gefährde die Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung, läßt sich anhand der im Gesetz genannten Angelegenheiten nicht begründen.

Die letzte Entscheidung über den Umfang der gegenständlichen Sperrwirkung wird jedoch beim Zusammenspiel der beiden Tarifvorbehalte der §§ 77 Abs.3 und 87 Abs.1 Satz 1 fallen. Zunächst müssen aber die Voraussetzungen des Vorbehalts der Eingangsworte des § 87 Abs.1 geklärt werden.

F Das "Bestehen" eines Tarifvertrages nach den Eingangsworten des § 87 Abs.1

I Die Probleme des Tarifvorbehalts im Überblick

Nach § 87 Abs.1 Halbsatz 1 hat der Betriebsrat mitzubestimmen, "so weit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht". Die betriebliche Gestaltungsbefugnis steht damit unter dem Vorbehalt des Gesetzes, auf den hier nicht weiter eingegangen werden kann (1), und unter einem weiteren Tarifvorbehalt. Problematisch wird dadurch nicht nur das Verhältnis beider Vorbehalte zueinander, das später ausführlich behandelt wird (2). Die Vorschrift wirft vielmehr auch für sich allein eine Reihe von Fragen auf, die für die Abgrenzung tarifautonomer und betriebsverfassungsrechtlicher Zuständigkeiten von Bedeutung sind:

(1) Zunächst einmal geht es um die Frage, ob der Tarifvertrag im Sinne des § 87 Abs.1 selbst eine Regelung der mitbestimmungspflichtigen Materien treffen muß oder ob das Gesetz den Tarifparteien das Recht einräumt, die Mitbestimmung auszuschließen. Wenn eine sachliche Regelung erforderlich ist, bleibt zu klären, wie vollständig die Tarifbestimmung sein muß, um das Mitbestimmungsrecht ausschließen zu können und ob es sich dabei um einen zwingenden Tarifvertrag handeln muß.

(2) Der Wortlaut der Eingangsworte spricht von einem bestehenden Tarifvertrag und weicht deshalb von der Terminologie des Tarifvertragsgesetzes ab, das in den §§ 4 Abs.1, 3 Abs.2 TVG den Geltungsbereich tariflicher Normen regelt. Im Hinblick auf die im dualistischen System von Tarifautonomie und Betriebsverfassung angelegte Konkurrenzsituation zwischen Gewerkschaft und Betriebsrat liegt hier das Hauptproblem des Tarifvorbehalts. Wird die Mitbestimmung nämlich nur im Umfang der Geltung der Tarifnormen beseitigt, bleibt sie bei tariflichen Inhaltsnormen nach § 4 Abs.1 TVG für die nicht organisierten Arbeitnehmer erhalten.

(3) Ein letztes Problem stellt die Zulässigkeit freiwilliger Betriebsvereinbarungen über mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten dar. Die volle Tragweite dieser Frage wird aber erst deutlich, wenn geklärt ist, wieweit § 77 Abs.3 freiwillige Betriebsvereinbarungen

ausschließt. Die Frage wird deshalb im Zusammenhang mit dem Verhältnis der Tarifvorbehalte zueinander behandelt (3).

1. Mittelbarer Ausschluß der Mitbestimmung durch Tarifvertrag

Die rigoroseste Lösung des Kompetenzproblems im Mitbestimmungsbereich könnte eine Auslegung des Einleitungssatzes des § 87 Abs.1 erreichen, die das Mitbestimmungsrecht selbst zur Disposition der Tarifparteien stellt. So gesehen wird die Frage zwar allseits verneint (4). Im Ergebnis läuft darauf jedoch die Ansicht hinaus, die es für zulässig hält, daß die Tarifparteien dem Arbeitgeber unter bestimmten Bedingungen ein einseitiges Bestimmungsrecht einräumen können, etwa das Recht, einseitig die Voraussetzungen für die Anordnung von Kurzarbeit zu bestimmen, wenn dafür ein sachlich vernünftiger Grund vorliegt (5).

Das Bundesarbeitsgericht hat eine solche Tarifnorm, die allerdings vor Erlaß des Betriebsverfassungsgesetzes von 1972 vereinbart worden war, für unwirksam erklärt (6). In seiner Begründung hat es sich zwar auf den Umstand gestützt, daß die vor dem Erlaß des Gesetzes vereinbarte Norm das neu geschaffene Mitbestimmungsrecht bei der Einführung von Kurzarbeit nach § 87 Abs.1 Nr.3 nicht ausschließen konnte (7) und hat die Frage, ob ein nach Erlaß des Gesetzes abgeschlossener Tarifvertrag eine solche Bestimmung treffen könne, offen gelassen. Es hat aber zugleich darauf hingewiesen, daß eine tarifliche Regelung im Sinne des Eingangssatzes des § 87 Abs.1 nur eine die Materie selbst regelnde Tarifbestimmung sein kann (8). Unter dieser Voraussetzung darf aber die tarifliche Sachentscheidung auch nicht auf den schlichten Ausschluß des Mitbestimmungsrechts hinauslaufen, den die Einräumung eines einseitigen Bestimmungsrechts an den Arbeitgeber darstellt. Anders könnte man nicht erklären, warum den Tarifparteien die Zuständigkeit zum bloßen Ausschluß der Mitbestimmung lediglich in den Angelegenheiten des § 87 Abs.1, nicht aber in anderen mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten zustehen soll, die nicht unter einem ausdrücklichen Vorbehalt stehen. Der Umfang der einzelnen Mitbestimmungstatbestände war im übrigen parlamentarisch hart umkämpft. Deshalb kann kaum angenommen werden, der Gesetzgeber habe die tatsächliche Effizienz der Mitbestimmung allein in die Hand der Tarifparteien legen wollen, der Mitbestimmung wohl-gemerkt, die im Kernbereich durch das Rückschrittsverbot verfas-

sungsrechtlich abgesichert ist (9).

Müssen also die Tarifparteien die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit inhaltlich regeln, um das Mitbestimmungsrecht ausschließen zu können, stellt sich die Frage, welche Anforderungen an die Bestimmtheit der tariflichen Regelung zu stellen sind.

2. Anforderungen an die tarifliche Sachentscheidung

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die in der Literatur überwiegend gebilligt wird (10), muß die tarifliche Regelung abschließend, d.h. so gestaltet sein, daß sie nicht durch eine betriebliche Regelung ergänzt werden muß. Sie muß einigermaßen vollständig sein.

Den Einzelheiten kann hier nicht nachgegangen werden (11). Für die grundlegende Frage der Abgrenzung zwischen Tarifautonomie und Betriebsverfassung, hier der betrieblichen Mitbestimmung, genügt die Feststellung, daß es nicht darauf ankommt, ob die tarifliche Regelung von der betrieblichen Seite aus ergänzbar ist. Der Tarifvertrag braucht den Bedürfnissen des einzelnen Betriebes keineswegs in jedem Fall Rechnung zu tragen. Bei der Gestaltung der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten können die Tarifparteien ihr Ermessen an die Stelle des Ermessens der Betriebsparteien stellen, wenn sie nur eine abschließende, aus sich heraus praktikable Regelung vorsehen. Tarifautonome Regelung und Mitbestimmung müssen keineswegs nahtlos ineinander übergehen. Aus der Sicht des Betriebes kann eine Tarifregelung durchaus ergänzungsbedürftig sein und, weil sie abschließend und praktikabel ist, gleichwohl die Rechte des Betriebsrats ausschließen. Dies mag in Einzelfällen auch zu Einbußen der betrieblichen Autonomie führen.

Ob damit indessen zumindest sichergestellt ist, daß jeder einzelne Arbeitnehmer entweder in den Genuß der tariflichen oder der auf dem Mitbestimmungsrecht aufbauenden Ordnung, jedenfalls einer der kollektiven Ordnungen kommt, hängt davon ab, wieweit die Tarifgebundenheit für das Bestehen eines Tarifvertrages im Sinne der Einleitungsworte des § 87 Abs.1 berücksichtigt werden muß.

II Meinungsstand

Überwiegend wird angenommen, die Sperrwirkung einer tariflichen Regelung nach den Eingangsworten des § 87 Abs.1 greife ein, wenn allein der Arbeitgeber tarifgebunden ist (12). Die Begründungen sind jedoch unterschiedlich. Farthmann (13) will die für betriebliche Tarifnormen geltende Bestimmung des § 3 Abs. 2 TVG auf sämtliche Materien des § 87 Abs.1 anwenden. Unter betrieblichen Normen müssen nach seiner Ansicht sämtliche Tarifbestimmungen verstanden werden, die Arbeitsbedingungen zum Gegenstand haben, deren Regelung sinnvollerweise nur für den gesamten Betrieb oder einen Betriebsteil einheitlich erfolgen kann (14). Demgegenüber will Säcker (15), ohne die tariflichen Inhalts- von den Betriebsnormen neu abzugrenzen, auch bei tariflichen Inhaltsnormen lediglich die Tarifbindung des Arbeitgebers genügen lassen. Es sei ausreichend, wenn die nicht organisierten Arbeitnehmer durch Abschluß einer schuldrechtlichen Gleichstellungsabrede oder Beitritt zu der zuständigen Gewerkschaft die Möglichkeit hätten, in den Genuß der tariflichen Regelung zu kommen.

Sofern man mit der Zwei-Schranken-Theorie durch § 77 Abs.3 nicht nur die Zuständigkeit der Betriebsparteien zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen, sondern das Mitbestimmungsrecht selbst beseitigt sieht (16), ist für den Ausschluß des Mitbestimmungsrechts bei den formellen Arbeitsbedingungen die Tarifbindung des Arbeitgebers allein ausreichend, da diese Fragen im Tarifvertrag überwiegend durch Betriebsnormen geregelt werden. Das Mitbestimmungsrecht in den materiellen Arbeitsbedingungen wird bereits durch § 77 Abs.3 ausgeschlossen. Deshalb kommt es insoweit weder auf die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers noch der Arbeitnehmer an (17).

Nach anderer Ansicht entfällt das Mitbestimmungsrecht durch einen Tarifvertrag nur dann, wenn die Tarifnormen für den Arbeitgeber und alle Arbeitnehmer gelten. Während Wiese (18) bei tariflichen Inhaltsnormen danach die Tarifbindung des Arbeitgebers und sämtlicher Arbeitnehmer verlangt, wenn nicht der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist, stellen andere (19) allein auf die tatsächliche Geltung eines Tarifvertrages im Betrieb ab und halten deshalb auch die Praktizierung einer Tarifnorm durch arbeitsvertragliche Bezugnahme für ausreichend.

Eine vermittelnde Ansicht verlangt bei tariflichen Betriebsnormen lediglich die Tarifbindung des Arbeitgebers gemäß § 3 Abs.2 TVG und stellt bei tariflichen Inhaltsnormen darauf ab, daß sich der persönliche Geltungsbereich auf den Betrieb erstreckt. In diesen Fällen soll es ausreichend, aber auch erforderlich sein, daß der Arbeitgeber und mindestens ein Arbeitnehmer tarifgebunden sind (20).

Neben der Frage, ob und wieweit die Tarifgebundenheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmern erforderlich sind, um von einem im Sinne der Eingangsworte des § 87 Abs.1 bestehenden Tarifvertrag sprechen zu können, ist weiterhin streitig, ob ein Tarifvertrag nur innerhalb seines zeitlichen Geltungsbereichs das Mitbestimmungsrecht ausschließen kann (21) oder ob dazu auch ein nur gemäß § 4 Abs.5 TVG kraft Nachwirkung geltender Tarifvertrag in der Lage ist (22).

Die Stellungnahme zu den dargestellten Problemen muß sich zunächst am Wortlaut des Eingangssatzes des § 87 Abs.1 orientieren.

III Der Wortlaut des § 87 Abs.1 Satz1

Der Eingangssatz des § 87 Abs. 1 schließt das Mitbestimmungsrecht aus, wenn eine tarifliche Regelung "besteht". Diese Terminologie findet im Tarifvertragsgesetz keine Entsprechung. Dieses Gesetz regelt in § 3 die Voraussetzungen der Tarifgebundenheit, bestimmt also den Personenkreis, der Normadressat tariflicher Regelungen sein kann (23). Die §§ 3 Abs.2, 4 Abs.1 und 2, 5 Abs.4 TVG legen den Geltungsbereich tariflicher Normen fest, bezeichnen die Rechtsverhältnisse, die von einem konkreten Tarifvertrag tatsächlich betroffen werden (24).

Dem Gesetzgeber des Betriebsverfassungsgesetzes war die Terminologie des Tarifvertragsgesetzes bekannt. Da er sie nicht aufgegriffen hat, kann kaum angenommen werden, das Mitbestimmungsrecht werde allein durch einen Tarifvertrag ausgeschlossen, der im Sinne des Tarifvertragsgesetzes "gilt". Der Wortlaut eröffnet vielmehr die Möglichkeit, das "Bestehen" eines Tarifvertrages im Sinne des Eingangssatzes des § 87 Abs.1 an spezifisch betriebsverfassungsgesetzlichen Kriterien zu messen, die sich mit den tarifrechtlichen nicht decken müssen (25). Allerdings muß ein Abweichen vom Tarifvertragsgesetz erforderlich sein.

IV Tarifrechtliches Konzept

1. Tarifbindung des Arbeitgebers

Das Tarifvertragsgesetz stellt bei der Regelung der Rechtsnormwirkung auf den geregelten Gegenstand ab. Inhalts-, Abschluß- und Beendigungsnormen gelten gemäß §§ 4 Abs.1, 3 Abs.1 TVG nur zwischen dem tarifgebundenen Arbeitgeber und den Arbeitnehmern, die Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft sind. Für die Geltung von Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen ist dagegen allein die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers ausreichend, § 3 Abs.2 TVG. Von dieser Mindestvoraussetzung im Rahmen des § 87 Abs.1 abzuweichen, besteht, anders als bei § 77 Abs.3, keine Veranlassung. § 77 Abs.3 ordnet den Vorrang der Normsetzung für die Tarifvertragsparteien schon bei Tarifüblichkeit an. Deshalb kann auf die Tarifbindung des Arbeitgebers verzichtet werden. Es reicht aus, daß der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fällt (26). Hingegen besteht kein Anlaß, das Mitbestimmungsrecht entfallen zu lassen, wenn lediglich im Umkreis des Betriebes ein Tarifvertrag besteht, der die mitbestimmungspflichtige Arbeitsbedingung regelt, ohne daß die Arbeitnehmer etwa durch Eintritt in die zuständige Gewerkschaftsorganisation die Gelegenheit erhalten, in den Genuß der tariflichen Regelung zu gelangen. Diese Möglichkeit gewährleistet allein das Erfordernis der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers. In welchem Umfang es darüber hinaus auf die Organisationsangehörigkeit der Belegschaft ankommt, hängt nach dem Tarifrecht vom Charakter der geregelten Materie ab.

2. Tarifbindung der Arbeitnehmer

Das tarifrechtliche Konzept ist unproblematisch, soweit sich Mitbestimmungstatbestände durch Betriebsnorm regeln lassen. In diesen Fällen ist gemäß § 3 Abs.2 TVG die Tarifbindung des Arbeitgebers allein ausreichend.

a) Regelung durch Betriebsnorm

Zu den tariflichen Betriebsnormen im Sinne des § 3 Abs.2 TVG zählen nach herrschender Meinung Vereinbarungen, welche die allgemeine Ordnung im Betrieb regeln, sowie die sogenannten Solidarnormen (27).

Dabei handelt es sich um Bestimmungen, die dem einzelnen Arbeitnehmer lediglich als Mitglied der Belegschaft zugute kommen, ihm jedoch keine Ansprüche einräumen (28).

Während der Geltung des § 56 Abs.1 BetrVG 1952 sind die Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten als Kernbereich der betrieblichen Normen angesehen worden (29). Das trifft auch heute noch auf einen großen Teil der Angelegenheiten des § 87 Abs.1 zu. Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer nach § 87 Abs.1 Nr.1, Regeln über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit nach Nr.2 und die Einführung von Kontrolleinrichtungen zur Überwachung der Arbeitnehmer nach Nr.6, um nur einige zu nennen, werden tariflich durch betriebliche Normen geregelt. Zum Ausschluß der entsprechenden Mitbestimmungsrechte genügt nach § 3 Abs.2 TVG die Tarifbindung des Arbeitgebers allein.

Nicht unter den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fallen jedoch Erfüllungsansprüche, die den Arbeitnehmern tariflich eingeräumt werden, und zwar nach herrschender Meinung nicht einmal dann, wenn es sich um Normen mit Doppelcharakter handelt, die zugleich Betriebs- und Inhaltsnormen sind (30). Regelt ein Tarifvertrag etwa mitbestimmungspflichtige Entgeltangelegenheiten aus dem Bereich des § 87 Abs.1 Nr.3 und 11, so gelten seine Normen lediglich für die organisierten Arbeitnehmer. Das ist jedoch für den Bestand der Mitbestimmung nicht unproblematisch.

b) Regelung durch Inhaltsnorm

Verlangt man für das Bestehen einer tariflichen Regelung im Sinne des § 87 Abs.1 die Geltung der Tarifnorm für den Arbeitgeber und sämtliche Arbeitnehmer des Betriebes, so wird das Mitbestimmungsrecht bei Angelegenheiten, die tariflich durch Inhaltsnormen geregelt werden, nur dann ausgeschlossen, wenn entweder sämtliche Arbeitnehmer tarifgebunden sind oder der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt und deshalb gemäß § 5 Abs.4 TVG für sämtliche Arbeitnehmer und den nicht tarifgebundenen Arbeitgeber gilt. Gegen diese Ansicht (31), die bereits zum Tarifvorbehalt des § 56 BetrVG 1952 vertreten worden ist (32), damals allerdings angesichts der Beschränkung der Mitbestimmung auf formelle Angelegenheiten praktisch kaum von Bedeutung war, spricht zunächst, daß der Tarifvorbe-

halt des § 87 Abs.1 gegenüber der Mitbestimmung im Entgeltbereich weitgehend wirkungslos wäre: eine hundertprozentige Gewerkschaftsangehörigkeit ist in Betrieben aller Branchen die Ausnahme. Im Regelfall werden dann zumindest in den Betrieben, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist, zwei Ordnungen praktiziert: für die organisierten Arbeitnehmer die Tarifnorm und für die nicht organisierten die im Wege der Mitbestimmung erreichte Regelung. Selbst wenn diese Ordnungen in der Praxis nur wenig oder gar nicht voneinander abweichen, wird der Betriebsrat in die Rolle eines Repräsentanten der nicht organisierten Arbeitnehmer gedrängt, da die Gewerkschaftsmitglieder der Belegschaft infolge der für sie geltenden tariflichen Inhaltsnorm an einer betrieblichen Regelung nicht mehr interessiert sind. Diese Position des Betriebsrats ist jedoch mit seiner Funktion als Repräsentant aller Arbeitnehmer des Betriebes nicht vereinbar. Wie immer man den Sinn des Tarifvorbehalts des § 87 auch deutet (33), er kann keineswegs bezwecken, das Konkurrenzverhältnis zwischen Gewerkschaften und Betriebsräten zu fördern, das § 77 Abs.3 gerade vermeiden will.

Letztlich läßt sich auf die Tarifgebundenheit der Arbeitnehmer eines Betriebes nur abstellen, wenn man Arbeitgeber und Betriebsrat in die Lage versetzt, von den Arbeitnehmern zuverlässige Angaben über ihre Organisationszugehörigkeit beim Abschluß des Arbeitsvertrages und während der Dauer der Betriebszugehörigkeit zu erlangen. Eine Verpflichtung, diese Frage zu offenbaren, ist jedoch bisher mit guten Gründen abgelehnt worden (34). Bei der gegenwärtigen Rechtslage und einer bei steigender Arbeitslosigkeit noch erhöhten Fluktuation der Belegschaften, kann diese Ansicht somit nur zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit im Mitbestimmungsbereich führen (35).

Das tarifrechtliche Konzept kann zu stimmigen Ergebnissen nur führen, wenn man den Anwendungsbereich der Betriebsnormen über den traditionellen Bereich der Ordnungs- und Solidarnormen hinaus erweitern kann.

c) Erweiterter Anwendungsbereich der Betriebsnormen

Neben den durch tarifliche Ordnungsnormen erfaßten Angelegenheiten werden in der Betriebspraxis eine Vielzahl von Arbeitsbedingungen betriebseinheitlich geregelt. Das gilt etwa für die Voraussetzungen

von Kurzarbeit und Überstunden, überhaupt für die Arbeitszeit und zwar sowohl für ihre Dauer als auch für ihre Verteilung auf die einzelnen Wochentage; ferner für die Kündigungsfristen und die Zeiten der Lohnzahlung. In Großbetrieben gibt es fein gefächerte Lohnsysteme, die nicht einmal im Bereich der Lohnhöhe Spielraum für einzelvertragliche Abweichungen lassen (36). In diesen Fällen wird auch die unterschiedliche Behandlung organisierter und nicht organisierter Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber mit erheblichem Kostenaufwand verbunden sein und von der Belegschaft möglicherweise als ungerechte Differenzierung empfunden werden. Man hat deshalb empfohlen, der betrieblichen Wirklichkeit dadurch Rechnung zu tragen, daß man sämtliche Fragen, die erfahrungsgemäß betriebseinheitlich geregelt werden, als Betriebsnormen ansieht, gleichgültig, ob den Arbeitnehmern Erfüllungsansprüche eingeräumt werden (37). Aus dem Bereich der Angelegenheiten des § 87 Abs.1 ist die Frage insbesondere für tarifliche Überstunden- und Kurzarbeitsklauseln erörtert worden. Nach bisher wohl herrschender Meinung werden diese Abreden im Tarifvertrag durch Inhaltsnormen geregelt (38). Eine Differenzierung nach der Organisationszugehörigkeit ist jedoch in hochtechnisierten Großbetrieben bei der Anordnung von Kurzarbeit und Überstunden, überhaupt bei Arbeitszeitregeln praktisch nicht durchführbar. Diese Bestimmungen können sinnvollerweise nur für den ganzen Betrieb oder einen Betriebsteil einheitlich getroffen werden.

Wieweit das Tarifrecht diesen Bedürfnissen der Praxis dadurch Rechnung tragen muß, daß es solche Klauseln als betriebliche Normen ansieht (39), kann hier nicht geklärt werden. Die grundsätzlichen Einwände gegen das tarifrechtliche Konzept bleiben nämlich bestehen. Die unter Umständen auf Arbeitszeitregeln zutreffenden Erwägungen sind nicht so verallgemeinerungsfähig, daß sie auf sämtliche Tatbestände des § 87 Abs.1 passen (40). Wenn man etwa im Rahmen des § 87 Abs.1 Nr.11 ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats über die Entgelthöhe bei der Regelung des Leistungslohns akzeptiert und die Mitbestimmung nicht auf den Gedanken reduziert, sie gewährleiste allein die Richtigkeit des Leistungslohns (41), kann man von der Gleichbehandlungspflicht der Betriebsparteien nicht auf die tarifliche Gleichbehandlung schließen.

§ 87 Abs.1 Nr.11 ist auch kein Ausnahmetatbestand, bei dem die Auswirkungen des tarifrechtlichen Konzepts möglicherweise hinzunehmen

wären. Da im gesamten Bereich der betrieblichen Mitbestimmung die Unterscheidung materieller und formeller Arbeitsbedingungen aufgegeben worden ist (42), kann sich grundsätzlich bei jedem Tatbestand des § 87 Abs.1 im Hinblick auf den Tarifvorbehalt das Problem der Abgrenzung von Inhalts- und Betriebsnormen stellen (43). Der Anwendungsbereich betrieblicher Normen läßt sich also anhand des Katalogs der Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs.1 nicht beschreiben, wenn man die Unterscheidung tariflicher Inhalts- und Betriebsnormen nicht gänzlich aufgeben will.

Die konsequente Anwendung tarifrechtlicher Kriterien auf die Definition eines bestehenden Tarifvertrages im Sinne der Einleitungsworte des § 87 Abs.1 führt also gerade im Bereich der Mitbestimmungstatbestände, die das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung berühren, zu zwei konkurrierenden kollektiven Ordnungen im Betrieb. Da sich der Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 damit in offenen Gegensatz zu § 77 Abs.3 begeben würde, der die Konkurrenz zweier kollektiver Ordnungen gerade verhindern will, ist das tarifrechtliche Konzept abzulehnen (44).

Die Bedenken gegen eine Berücksichtigung der Tarifbindung der Arbeitnehmer lassen sich jedoch beseitigen, wenn man von einem das Mitbestimmungsrecht verdrängenden Tarifvertrag auch dann sprechen kann, wenn dieser durch schuldrechtliche Gleichstellungsabrede für sämtliche Arbeitsverhältnisse eines Betriebes gilt.

V Arbeitsvertragliches Konzept

Es wird die Ansicht vertreten, für die Auslösung der Sperrwirkung eines Tarifvertrages nach § 87 Abs.1 sei allein entscheidend, daß die tarifliche Bestimmung im Betrieb praktiziert werde und Arbeitgeber und Arbeitnehmer daran gebunden seien. Die tarifliche Ordnung bestehe im Betrieb, wenn die Tarifnormen eine "gelebte Ordnung" (45) bildeten. Wichtig sei allein, daß alle Arbeitnehmer tarifmäßig gleich behandelt würden. Deshalb werde das Mitbestimmungsrecht auch beseitigt, wenn eine Tarifbestimmung durch arbeitsvertragliche Einheitsregelung gelte (46).

Es kann nicht darauf ankommen, ob man sich zur Begründung auf eine entsprechende Anwendung des § 13 Abs.1 Satz 2 BUrlG berufen kann,

der eine tarifliche Regelung einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag bei bestimmten Abweichungen von Vorschriften des Bundesurlaubsgesetzes gleichstellt (47). Der Wortlaut des § 87 Abs.1 deckt auch die durch arbeitsvertragliche Gleichstellungsabrede im Betrieb praktizierte Tarifnorm.

Bedenken grundsätzlicher Art bestehen gegen dieses Konzept jedoch unter dem Gesichtspunkt der Funktion der Mitbestimmung. Die Existenz der Mitbestimmung hängt nämlich allein vom Gleichbehandlungsinteresse des Arbeitgebers ab (48). Er kann den Funktionskreis des Betriebsrats gerade in häufig tariflich geregelten Entgeltfragen durch globale oder teilweise Übernahme tariflicher Regeln bestimmen. Für den Arbeitgeber besteht damit praktisch ein Wahlrecht zwischen Tarifvertrag oder betrieblicher Mitbestimmung. Diese Abhängigkeit der Rechte des Betriebsrats von einer Entscheidung des Arbeitgebers im Rahmen seiner arbeitsvertraglichen Gestaltungsfreiheit läßt sich jedoch mit dem im Bereich der Mitbestimmung gesetzlich postulierten Machtgleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht vereinbaren.

Auf den ersten Blick werden diese Bedenken beseitigt, wenn man den Arbeitgeber mit Wiedemann (49) entgegen der herrschenden Meinung (50) zur Gleichstellung organisierter und nicht organisierter Arbeitnehmer verpflichtet hält. Nach Wiedemanns Ansicht ist der Gesetzgeber bei der Regelung der §§ 77 und 87 von der Gleichbehandlung der organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmer im tariflichen Bereich ausgegangen. Wenn der Inhalt des Tarifvertrages nicht durch Gleichstellungsabrede auch den Tarifaußenseitern zugute komme, sei ihnen sowohl der Tarifschutz wie das zwingende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entzogen. Das Betriebsverfassungsgesetz beabsichtige jedoch nicht, dem nicht organisierten Arbeitnehmer jeden kollektivrechtlichen Schutz zu versagen.

Auf § 77 Abs.3 mit dem Verbot der Übernahme von Tarifbestimmungen durch Betriebsvereinbarung kann sich diese Ansicht sicher nicht stützen. Diese Bestimmung läßt eher erkennen, daß der Gesetzgeber in den Angelegenheiten, die üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden, bewußt auf den kollektiven Schutz der Außenseiter durch den Betriebsrat verzichtet hat (51). Auch wenn man aber die Verpflichtung zur Gleichbehandlung anerkennt, kann eine nur durch arbeitsvertrag-

liche Bezugnahme geltende Tarifregelung im Sinne des § 87 Abs.1 Halbsatz 1 die Mitbestimmung nicht gleichwertig ersetzen. Dem Schutz der Arbeitnehmer ist durch eine solche Regelung zwar Genüge getan. Jedoch wird sie der ebenfalls der Mitbestimmung innewohnenden Befugnis nicht gerecht, eine kollektive Ordnung mitgestalten zu dürfen. Die nur in Bezug genommene tarifliche Ordnung kann die betriebliche Gestaltungsbefugnis deshalb nicht ersetzen.

VI Betriebsverfassungsrechtliches Konzept

Die herkömmlichen tarifrechtlichen und arbeitsvertraglichen Anforderungen an die Geltung eines Tarifvertrages werden aufgegeben, wenn für das Bestehen eines Tarifvertrages im Sinne der Eingangsworte des § 87 Abs.1 ungeachtet der geregelten Materie lediglich die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers oder zusätzlich mindestens eines Arbeitnehmers der Belegschaft verlangt werden.

1. Tarifgebundenheit des Arbeitgebers und eines Arbeitnehmers

Nach einer dritten Auffassung ist für die Geltung eines Tarifvertrages nach § 87 Abs.1 ausreichend, aber auch erforderlich, wenn neben dem Arbeitgeber noch mindestens ein Arbeitnehmer tarifgebunden ist (52). Wenn überhaupt kein Arbeitsverhältnis im Betrieb von der tariflichen Regelung der betreffenden Angelegenheit erfaßt werde, könne der Tarifvertrag nicht die Schutzwirkung entfalten, die das Mitbestimmungsrecht im konkreten Fall entbehrlich mache (53).

Die Ansicht greift zu weit, wenn sie bei allen Angelegenheiten des § 87 Abs.1 die Tarifgebundenheit eines Arbeitnehmers fordert (54). Denn bei Materien, die tariflich durch Betriebsnormen zu regeln sind, genügt bereits nach § 3 Abs.2 TVG die Tarifbindung des Arbeitgebers allein. Für ein weiteres Erfordernis besteht kein Grund (55).

Im übrigen läßt sich diese dritte Ansicht dogmatisch durch die Überlegung rechtfertigen, daß ein Tarifvertrag, der auch nur für ein Arbeitsverhältnis eine mitbestimmungspflichtige Materie regelt, für den davon betroffenen Arbeitnehmer das Bedürfnis nach weiterem Schutz durch die Mitbestimmung der Betriebsvertretung entfallen läßt. Bleibt das Mitbestimmungsrecht gleichwohl bestehen, dient seine Re-

alisierung allein den Interessen der nicht organisierten Arbeitnehmer. Der Betriebsrat wird dann in die Rolle eines Repräsentanten der Außenseiter gedrängt, was mit seiner Funktion nach dem Betriebsverfassungsgesetz nicht vereinbar ist.

Für die betriebliche Praxis steht diesem Konzept jedoch der Umstand entgegen, daß ein Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, seine Gewerkschaftszugehörigkeit zu offenbaren (56). Die Frage, ob zumindest ein Mitglied der Belegschaft organisiert ist, läßt sich deshalb sicher nur aufklären, wenn ein Betriebsratsmitglied selbst einer Gewerkschaft angehört. In allen anderen Fällen ist die Forderung nach der Tarifgebundenheit eines Arbeitnehmers lediglich geeignet, Rechtsunsicherheit über das Bestehen der Mitbestimmung herbeizuführen.

Da diese Ansicht sich weder auf tarifrechtliche noch auf arbeitsvertragliche Kriterien stützen kann und ihre Begründung ohnehin allein im Betriebsverfassungsrecht suchen muß, stellt sich die Frage, ob dann nicht vollständig auf die Tarifgebundenheit auf der Arbeitnehmerseite verzichtet werden kann.

2. Tarifgebundenheit des Arbeitgebers allein

a) Verzicht auf lückenlosen Kollektivschutz

Die strikte Anwendung des Tarifrechts läßt bei tariflichen Inhaltsnormen zwei kollektive Ordnungen im Mitbestimmungsbereich zu. Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag gestattet dem Arbeitgeber die Wahl zwischen Tarifvertrag und Mitbestimmung. Das Erfordernis der Tarifgebundenheit mindestens eines Arbeitnehmers stößt schon praktisch auf erhebliche Schwierigkeiten. Vom Ergebnis her deutet deshalb alles darauf hin, auf die Tarifgebundenheit der Arbeitnehmer vollständig zu verzichten und lediglich die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers als Mindestvoraussetzung zu verlangen. Läßt sich diese Ansicht aber auch positiv begründen?

Entfällt das Mitbestimmungsrecht bereits, wenn ein Tarifvertrag im Sinne der Eingangsworte des § 87 Abs.1 kraft Tarifgebundenheit des Arbeitgebers "besteht", so wird in Extremfällen der gesamten Beleg-

schaft der kollektive Schutz durch die Mitbestimmung entzogen, obwohl kein Arbeitsverhältnis unter die Tarifregelung fällt. Dieses Ergebnis ist nur tragbar, wenn das Gesetz keinen lückenlosen Kollektivschutz fordert.

Im Bereich freiwilliger betrieblicher Rechtsetzung verhindert schon § 77 Abs.3, daß tarifliche und betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeiten lückenlos ineinandergreifen. Die Zuständigkeit der Betriebsparteien zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen entfällt, wenn der Betrieb im räumlichen, betrieblichen und fachlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages liegt, ohne daß es auf die Tarifgebundenheit von Arbeitgeber und Belegschaft ankommt. Es ist nicht einmal eine effektiv bestehende Tarifregelung erforderlich, vielmehr reicht eine üblicherweise wahrgenommene Zuständigkeit der Tarifparteien aus, um die Sperrwirkung auszulösen. Wenn es also bei § 87 Abs.1 ebenfalls nur auf die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Tarifvertrag und betrieblicher Mitbestimmung ankommt, kann sich die Problemlösung auch allein an betriebsverfassungsrechtlichen Kriterien orientieren. Unzulässig ist dieser Ansatz, wenn es der Schutzzweck der Mitbestimmung erfordert, daß Tarifvertrag und Mitbestimmung so lückenlos ineinandergreifen, daß den nicht organisierten Arbeitnehmern der Schutz durch die betriebliche Mitbestimmung dann zur Verfügung steht, wenn sie nicht in den Genuß der tariflichen Regelung gelangen. Die Entscheidung der Frage hängt davon ab, welchen Zweck die Eingangsworte des § 87 Abs.1 verfolgen.

b) Der Sinn des Tarifvorbehalts des § 87 Abs.1

aa) Meinungsstand

Zum Zweck des Eingangssatzes des § 87 Abs.1 werden im wesentlichen zwei Meinungen vertreten. Die eine Ansicht stellt auf den Zusammenhang zwischen dem Schutzzweck der Mitbestimmung und dem Tarifvertrag ab. Wenn ein Tarifvertrag die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit geregelt hat, soll die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer entfallen (57). In eine ähnliche Richtung geht die Auffassung, welche die Eingangsworte des § 87 mit logischen Gesichtspunkten begründet. Der Arbeitgeber, der eine tarifliche Norm zu vollziehen habe, habe nichts mehr zu bestimmen. Folglich könne der Betriebsrat auch nicht mitbestimmen (58).

Nach einer anderen Auffassung verfolgt der Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 jedoch denselben Zweck wie § 77 Abs.3 (59). Er ordnet den Vorrang des Tarifvertrages vor der betrieblichen Mitbestimmung an und dient dem Schutz der Tarifautonomie (60).

bb) Ersatz der Mitbestimmung durch Tarifvertrag

Die Ansicht, nach der das Schutzbedürfnis der Belegschaft entfällt, wenn ein Tarifvertrag eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit regelt, mag zum alten Recht zutreffend gewesen sein. Damals bestand der Mitbestimmungskatalog zumindest nach herrschender Auffassung im wesentlichen aus Angelegenheiten, die tariflich durch Betriebsnormen geregelt werden. Heute läßt sich diese Auffassung nur aufrechterhalten, wenn man bei tariflichen Inhaltsnormen im Regelfalls zwei kollektive Ordnungen in Kauf nimmt: für die organisierten Arbeitnehmer die tarifliche und für die nicht organisierten die auf dem Mitbestimmungsrecht aufbauende Ordnung. Vor die Alternative gestellt ob man im Bereich der Mitbestimmung entweder zwei kollektive Ordnungen oder den Verzicht auf lückenlosen Kollektivschutz hinnehmen will, kann die Entscheidung wohl nur zu Lasten der Tarifaußen-seiter ausfallen:

(1) Die Existenz zweier kollektiver Ordnungen im Betrieb kann zunächst für den Arbeitgeber problematisch werden, der unter Umständen zwei nicht miteinander übereinstimmende Ordnungen praktizieren muß. Der Betriebsrat wird in die Rolle eines Repräsentanten der nicht organisierten Arbeitnehmer gedrängt, wenn die Mitbestimmung trotz eines für die organisierten Arbeitnehmer geltenden Tarifvertrages bestehen bleibt. Das ist mit dem gesetzlichen Leitbild des Betriebsrats als gewerkschaftsneutralem "Vertreter" aller Arbeitnehmer unvereinbar. Die Betriebsvertretung wird zum Konkurrenten der Gewerkschaft aufgebaut.

(2) Es ist dieses Konkurrenzverhältnis, das § 77 Abs.3, wenn auch nur unvollkommen, verhindern will. Deshalb kann § 87 Abs.1 nicht gerade den entgegengesetzten Zweck verfolgen. Die Anwendung des § 77 Abs.3 im Bereich der Angelegenheiten des § 87 Abs.1 (61) kann diesen Widerspruch nicht auflösen. Beide Tarifvorbehalte müssen auch aus sich selbst heraus in ihrer Zielrichtung übereinstimmen, wenn

man dem Gesetzgeber nicht Konzeptionslosigkeit vorwerfen will.

(3) Der Schutzzweck der Mitbestimmung ist nicht gefährdet (62). Es kann nämlich keineswegs der Sinn der Mitbestimmung sein, in jedem Falle die Lücken zu schließen, die der Tarifvertrag aufgrund der Konzeption des Tarifrechts offenläßt, das auf Mitgliederschutz und damit auf Differenzierung zwischen organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern aufbaut. Insbesondere geht es nicht darum, die nicht organisierten Arbeitnehmer immer dann durch die betriebliche Mitbestimmung zu schützen, wenn ihnen ein Tarifvertrag einen solchen Schutz mangels Mitgliedschaft in der tarifschließenden Organisation versagt. Werden die unterschiedlichen Strukturprinzipien von Tarifautonomie und betrieblicher Mitbestimmung respektiert, muß es ausreichen, daß die betriebliche Mitbestimmung nicht erst zurücktritt, wenn sämtliche Arbeitnehmer, auch die nicht organisierten, durch einen Tarifvertrag geschützt sind, sondern schon dann, wenn den Arbeitnehmern die Möglichkeit offensteht, durch Gewerkschaftsbeitritt in den Genuß der tariflichen Regelung zu kommen.

Tritt die Mitbestimmung aber bereits zurück, wenn ein Tarifvertrag nur die organisierten Arbeitnehmer schützt, kann man den Sinn der Eingangsworte des § 87 Abs.1 nicht mehr darin sehen, daß der Tarifvertrag den Schutz der Belegschaft durch die Mitbestimmung entbehrlich macht.

cc) Konkurrenzschutz

Entzieht das Gesetz den Tarifaußenseitern Schutz und Gestaltungsbefugnis der betrieblichen Mitbestimmung, wenn allein die Tarifgebundenen in den Genuß der tariflichen Regelung gelangen, dann zielt der Vorbehalt des § 87 Abs.1 ebenso wie der des § 77 Abs.3 auf die Verhinderung von Konkurrenz durch die Betriebsräte ab. Ein Verständnis des § 87 Abs.1 Satz 1 im Sinner einer Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Tarifautonomie und betrieblicher Mitbestimmung mit dem Ziel, die Gewerkschaften vor Konkurrenz durch die Betriebsräte zu bewahren, muß sich jedoch mit der Behauptung auseinandersetzen, aus der Gleichstellung von Gesetzes- und Tarifvorbehalt folge, daß das Gesetz Kompetenzschutz nicht gemeint haben könne. Denn der Gesetzes-

vorrang könne kaum den Schutz der gesetzgeberischen Kompetenz vor der Bedrohung durch die Mitbestimmung im Auge gehabt haben (63).

Diese Ansicht läßt jedoch die unterschiedliche Geltung von staatlichem Gesetz und Tarifnorm außeracht. Während das Gesetz, das eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit regelt, für alle Arbeitnehmer des Betriebes gilt, privilegiert die tarifliche Inhaltsnorm diejenigen Arbeitnehmer, die einer Koalition beigetreten sind. Berücksichtigt man diesen Unterschied, so lautet die Gleichung aber: Gesetz = Tarifvertrag + Gewerkschaftsbeitritt. Der Vergleich mit dem Gesetzesvorbehalt widerlegt danach die hier vertretene Ansicht nicht, sondern bestätigt sie. Ein Tarifvertrag "besteht" deshalb im Sinne des § 87 Abs.1, wenn die Tarifparteien alle Voraussetzungen dafür geschaffen haben, daß seine Normen im Arbeitsverhältnis wirksam werden und ihre Geltung nur noch vom Willen der Arbeitnehmer abhängen.

Die Frage, was unter einem "bestehenden" Tarifvertrag zu verstehen ist, kann sich auch in zeitlicher Hinsicht stellen. Nach § 4 Abs.5 TVG verlieren die Normen eines Tarifvertrages nach seinem Ablauf zwar die zwingende Wirkung. Sie gelten jedoch weiter und können deshalb nach dem Wortlaut des § 87 Abs.1 Halbsatz 1 bestehende Tarifregelungen sein. Schließt auch ein Tarifvertrag, der nach § 4 Abs.5 TVG nachwirkt, das Mitbestimmungsrecht aus?

VII Die Sperrwirkung eines nachwirkenden Tarifvertrages

1. Meinungsstand

Nach überwiegender Ansicht entfaltet ein Tarifvertrag, der nach seinem Ablauf gemäß § 4 Abs.5 TVG nachwirkt, keine Sperrwirkung nach § 87 Abs.1 (64). Da als "andere Abmachung" im Sinne des § 4 Abs.5 TVG auch eine Betriebsvereinbarung anzusehen ist, die im Wege des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats durchgesetzt wird, entspricht diese Ansicht der dispositiven Geltung des Tarifvertrages nach seinem Ablauf. Wird das Mitbestimmungsrecht formlos ausgeübt, so ist zwar nicht die zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat geschlossene Betriebsabsprache als "andere Abmachung" anzusehen, jedoch die in Vollzug dieser die Betriebsparteien verpflichtenden Einigung vorge-

nommene Änderung der Arbeitsverträge, denen der nachwirkende Tarifvertrag nach dem Eingangssatz ebenfalls nicht entgegensteht.

Diese Auffassung hat zur Folge, daß der Betriebsrat nach Ablauf eines Tarifvertrages im Wege des Mitbestimmungsrechts eine Regelung mit dem Arbeitgeber notfalls über die Einigungsstelle erzwingen kann. Von Bedeutung wird diese Frage insbesondere in den Entgeltangelegenheiten, die gewöhnlich jährlich neu zwischen den Tarifparteien ausgehandelt werden. Diese Zuständigkeit des Betriebsrats wird als bedenkliche Störung der Tarifpolitik angesehen (65).

Es wird versucht, das unerwünschte Ergebnis durch kumulative Anwendung des § 77 Abs.3 zu verhindern (66). Wieweit das möglich ist, soll später geklärt werden (67). Hier stellt sich zunächst die Frage, wie das Problem aus der Sicht des § 87 Abs.1 zu sehen ist. Kann eine Störung der Tarifpolitik durch die betriebliche Mitbestimmung insbesondere zwischen dem Ablauf eines Tarifvertrages und dem Abschluß eines neuen dadurch verhinert werden, daß man dem nachwirkenden Tarifvertrag Sperrwirkung zubilligt (68)?

2. Stellungnahme

Der Wortlaut des Tarifvorbehalts trägt beide Ansichten. Nach § 4 Abs.5 TVG verliert der Tarifvertrag nach seinem zeitlichen Ablauf nicht seine Gültigkeit, er ändert lediglich die Qualität seiner Rechtsetzung. Die Friedenspflicht ist beseitigt, die Rechtsnormen wirken dispositiv (69). Nach dem Wortlaut kann auch ein bloß nachwirkender Tarifvertrag ein bestehender Tarifvertrag im Sinne der Eingangsworte des § 87 Abs.1 sein.

Regelt ein Tarifvertrag eine mitbestimmungspflichtige Arbeitsbedingung aus dem Katalog des § 87 Abs.1 und schließt er deshalb das Mitbestimmungsrecht der Betriebsvertretung aus, so können die nicht organisierten Arbeitnehmer, die nicht bereits nach § 3 Abs.2 TVG in den Genuß der tariflichen Regelung kommen, sich durch Gewerkschaftsbeitritt die tariflichen Rechte sichern. Der kollektivrechtliche Schutz der Arbeitnehmer in den mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten ist deshalb gesichert: entweder durch das Mitbestimmungsrecht oder durch einen Tarifvertrag, dessen Geltung im Arbeitsver-

hältnis bei den Inhaltsnormen lediglich vom Willen der Arbeitnehmer abhängt. Dieses abgewogene Verhältnis von Tarifautonomie und Mitbestimmung wird gestört, wenn auch ein nachwirkender Tarifvertrag die Sperrwirkung der Eingangsworte des § 87 Abs.1 auslöst. Mit dem Wegfall des Mitbestimmungsrechts sind nämlich die Hindernisse für eine Änderung der Arbeitsverträge, notfalls durch Kündigung oder Änderungskündigungen, beseitigt, ohne daß organisierte Arbeitnehmer die Möglichkeit hätten, den Schutz des Tarifvertrages zu erlangen, dessen Regeln nach § 4 Abs.5 TVG lediglich dispositiv gelten. Die Arbeitnehmer sind deshalb nach dem Ablauf eines Tarifvertrages, der eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit aus dem Bereich des § 87 Abs.1 regelt, schlechter gestellt, als wenn keine tarifliche Regelung vorliegt. Es kann jedoch nicht der Sinn des Tarifvorbehalts sein, lediglich die Mitbestimmung auszuschließen und dadurch Raum für die arbeitsvertragliche Vereinbarung mitbestimmungspflichtiger Arbeitsbedingungen zu schaffen. Das Mitbestimmungsrecht soll vielmehr nur durch eine höherrangige Ordnung ausgeschlossen werden.

Darüber hinaus hätten die Tarifparteien keine Möglichkeit, nach Kündigung eines Tarifvertrages dem Betriebsrat das durch die tarifliche Regelung beseitigte Mitbestimmungsrecht wieder zukommen zu lassen (70). Die Zuständigkeit der Betriebsvertretungen könnte von der Bereitschaft einer Tarifpartei zum Neuabschluß eines Tarifvertrages abhängig sein. Das läuft jedoch im Ergebnis auf eine unzulässige unmittelbare Verfügung über das Mitbestimmungsrecht hinaus.

Die Auffassung, die einem nachwirkenden Tarifvertrag die Sperrwirkung der Eingangsworte des § 87 Abs.1 einräumt, ist deshalb abzulehnen.

VIII Zwischenergebnis

Der Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 räumt den Tarifparteien kein Recht ein, unmittelbar über das Mitbestimmungsrecht zu verfügen. Der Tarifvertrag muß vielmehr die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit selbst regeln. Er darf die Mitbestimmung nicht lediglich ausschließen oder eine Regelung treffen, die inhaltlich auf den bloßen Ausschluß des Mitbestimmungsrechts hinausläuft, wie etwa eine einsei-

tige Kompetenzzuweisung an den Arbeitgeber.

Ein Tarifvertrag "besteht", wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist. Auf die Tarifgebundenheit der Belegschaft kommt es nicht an. Für die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten, die tariflich durch Betriebsnormen zu regeln sind, folgt dies aus § 3 Abs.2 TVG. Alle Angelegenheiten des § 87 Abs.1 lassen sich jedoch nicht durch betriebliche Normen regeln. Eine erweiterte Definition der Betriebsnorm allein unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit einer betriebseinheitlichen Regelung oder sogar anhand des Katalogs des § 87 Abs.1 scheidet aus, wenn man nicht die Unterscheidung von Inhalts- und Betriebsnormen aufgeben will.

Bei tariflichen Inhaltsnormen kann der Bestand des Mitbestimmungsrechts nicht von der Tarifgebundenheit der Arbeitnehmer abhängig sein, da im Betrieb sonst regelmäßig zwei kollektive Ordnungen bestünden: der Tarifvertrag für die Gewerkschaftsmitglieder und die Mitbestimmung für die nicht organisierten Arbeitnehmer.

Die Geltung einer Tarifbestimmung durch arbeitsvertragliche Einheitsregelung schließt die Mitbestimmung nicht aus, weil sie die Existenz der Mitbestimmungsrechte in das Ermessen des Arbeitgebers stellt und die kollektive Gestaltungsbefugnis der Arbeitnehmer durch die Mitbestimmung nicht gleichrangig ersetzt wird.

Wortlaut und Sinn lassen Raum für spezifisch betriebsverfassungsrechtliche Problemlösungen. Aus praktischen Gründen ist aber schon die Ansicht abzulehnen, die neben der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers noch mindestens die eines Arbeitnehmers verlangt. Denn kein Arbeitnehmer ist verpflichtet, seine Gewerkschaftsangehörigkeit zu offenbaren.

Die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers ist ausreichend, weil der Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 ebenso wie § 77 Abs.3 keine bloße Kollisionsnorm darstellt, sondern eine Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Tarifautonomie und Mitbestimmung gibt. Er sichert den Vorrang der tariflichen Ordnung vor der betrieblichen Gestaltungsbefugnis durch die Mitbestimmung und verhindert in seinem Anwendungsbereich die Konkurrenz zwischen Gewerkschaften und Betriebsräten. Die Mitbestim-

mung tritt deshalb nicht erst zurück, wenn sämtliche Arbeitnehmer, auch die nicht organisierten, durch den Tarifvertrag geschützt sind, sondern schon dann, wenn der Schutz durch die tarifliche Ordnung lediglich vom Willen des Arbeitnehmers zum Koalitionsbeitritt abhängt.

Allerdings muß eine der beiden kollektiven Ordnungen den Arbeitnehmern zur Verfügung stehen. Deshalb können nur zwingende Tarifnormen das Mitbestimmungsrecht außer Kraft setzen. Einem nachwirkenden Tarifvertrag kommt deshalb keine Sperrwirkung zu.

Zuletzt stellt sich nun die Frage nach dem Verhältnis der Tarifvorbehalte der § 77 Abs.3 und 87 Abs.1 zueinander. Steht das Mitbestimmungsrecht nur unter dem Vorbehalt des Einleitungssatzes des § 87 Abs.1 oder hatten die Betriebsparteien auch § 77 Abs.3 zu beachten?

G Das Verhältnis der Tarifvorbehalte zueinander

Nach ihrer Stellung in den allgemeinen Vorschriften des die Mitwirkung und Mitbestimmung regelnden 4. Teils des Betriebsverfassungsgesetzes scheint die Regelungssperre des § 77 Abs.3 für alle Betriebsvereinbarungen zu gelten, gleichgültig, ob sie mitbestimmungs- oder mitwirkungspflichtige Materien zum Gegenstand haben, ob sie freiwillig geschlossen worden sind oder auf einem Spruch der Einigungsstelle beruhen. § 77 beschäftigt sich in den Abs.1 und 2 sowohl mit freiwilligen wie erzwingbaren Betriebsvereinbarungen, sein Abs.3 läßt nicht erkennen, daß für mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten etwas Besonderes gelten könnte. Zweifel an dieser Auffassung stellen sich nur deshalb ein, weil die Einleitungsworte des § 87 Abs.1 für die dort genannten Mitbestimmungsrechte neben dem Gesetzesvorbehalt einen weiteren Tarifvorbehalt vorsehen. Das Mitbestimmungsrecht entfällt danach nicht schon bei einer tarifüblichen oder lediglich im Umfeld des Betriebes bestehenden Tarifregelung, sondern nur, wenn eine "tarifliche Regelung besteht". Bringt das Gesetz damit zum Ausdruck, daß die Mitbestimmung in den Angelegenheiten des § 87 Abs.1 nur entfällt, wenn ein Tarifvertrag die Arbeitsbedingung substantiell regelt und den Arbeitnehmern zumindest die Möglichkeit gegeben sein muß, durch Gewerkschaftsbeitritt in den Genuß der Regelung zu gelangen (1) oder tritt sie bereits zurück, wenn die Voraussetzungen des § 77 Abs.3 vorliegen, wenn etwa ein Tarifvertrag nicht besteht, eine Tarifregelung aber üblich ist (2)? Das Problem stellt sich besonders für den Zeitpunkt zwischen dem Ablauf eines Tarifvertrages und dem Abschluß eines neuen. Dem bloß nachwirkenden Tarifvertrag kommt keine Sperrwirkung im Sinne des Einleitungssatzes des § 87 Abs.1 zu (3). Kann der Betriebsrat nun besonders im Rahmen seiner Zuständigkeit nach § 87 Abs.1 Nr.11 Lohnpolitik betreiben (4) und die Tarifpolitik der Verbände stören?

I Meinungsstand

Die beiden zu dieser äußerst streitigen Frage vertretenen grundsätzlichen Auffassungen hat Säcker plastisch als "Zwei-Schranken-Theorie" und "Vorrang-Theorie" bezeichnet (5). Nach der Zwei-Schranken-Theorie wirkt die Beschränkung der Zuständigkeit der Betriebsvereinbarungsparteien nach § 77 Abs.3 unmittelbar auf das Mitbestimmungsrecht des

Betriebsrats nach § 87 Abs.1 ein, so daß dieses nicht nur durch einen im Sinne des Eingangssatzes der Vorschrift bestehenden Tarifvertrag, sondern auch durch eine übliche Tarifregelung im Sinne des § 77 Abs.3 in noch näher zu bestimmender Weise berührt wird. Nach der Vorrangtheorie entfaltet die Vorschrift des § 77 Abs.3 im Bereich des § 87 Abs.1 keine Sperrwirkung. Der Tarifvorbehalt des Eingangssatzes des Mitbestimmungstatbestandes wird als Spezialgesetz gegenüber der allgemeinen Regelung des § 77 Abs.3 angesehen. Die Begründung im einzelnen sind vielfältig und keineswegs widerspruchsfrei. Beide Meinungen haben Anhänger gefunden, ohne daß man die eine oder andere als herrschend bezeichnen kann. Das Bundesarbeitsgericht hat die Streitfrage bisher nicht entschieden. Die häufig für die Zwei-Schranken-Theorie in Anspruch genommene (6) Entscheidung vom 14.11.1974 (7) hat das Problem offengelassen (8).

1. Die Zwei-Schranken-Theorie

Die Zwei-Schranken-Theorie (9) geht von § 77 Abs.3 als einer umfassenden funktionellen Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung aus, die nicht nur im Bereich freiwilliger Betriebsvereinbarungen gilt, sondern insbesondere auch auf das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs.1 einwirkt. Zur Begründung beruft man sich auf die Stellung der Vorschrift in den allgemeinen Regeln sowie auf § 112 Abs.1 Satz 4, der die Anwendung des § 77 Abs.3 lediglich für einen Sonderfall ausschließe (10). Im übrigen gebiete gerade die Erstreckung des Mitbestimmungsrechts auf materielle Arbeitsbedingungen im Rahmen des § 87 Abs.1 die Anwendung des allgemeinen Tarifvorbehalts. Es sei unerträglich, wenn der Betriebsrat nach Ablauf eines Tarifvertrages, oder, wenn ein Tarifvertrag mangels Tarifgebundenheit des Arbeitgebers im Betrieb nicht gelte und somit der Tarifvorbehalt des Eingangssatzes des § 87 Abs.1 nicht zum Zuge komme, etwa gemäß § 87 Abs.1 Nr.11 den Abschluß einer Betriebsvereinbarung über die Geldseite der Akkorde erzwingen könne (11). Da gerade Entgeltfragen im weitesten Sinne herkömmlich von den Tarifvertragsparteien geregelt würden, habe der Gesetzgeber Einflüsse des Betriebsrats auf die Tarifpolitik weitgehend ausschließen wollen. Diesem Gesichtspunkt habe sich auch das durch die Statuierung der Mitbestimmungsrechte anerkannte Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer unterzuordnen. Sonst werde die Gestaltungsmacht der Tarifvertragsparteien im Stadium zwischen zwei Tarifverträgen

ausgehöhlt (12). Darüberhinaus laufe § 77 Abs.3 für einen großen Teil der dort besonders erwähnten Arbeitsentgelte leer, wenn die Regelungsmaterie des § 87 Abs.1, insbesondere die Regelung der leistungsbezogenen Entgelte nach § 87 Abs.1 Nr.11, von der Sperrwirkung der Vorschrift ausgenommen werde (13).

Der überwiegende Teil der Vertreter der Zwei-Schranken-Theorie geht häufig unausgesprochen davon aus, daß § 77 Abs.3 nicht nur die Zuständigkeit zum Abschluß einer Betriebsvereinbarung in einer dem Mitbestimmungsrecht unterliegenden Angelegenheit beseitigt, sondern das Mitbestimmungsrecht selbst, also auch seine nicht-normative Realisation ausschließt (14). Die Folge dieser einschränkungslos durchgeführten Auffassung wäre, daß der Eingangssatz des § 87 Abs.1 vollständig entwertet würde. Dieses Ergebnis wird jedoch überwiegend dadurch vermieden, daß die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 auf die materiellen Arbeitsbedingungen begrenzt wird. Bei den formellen Arbeitsbedingungen schließt danach nur ein Tarifvertrag, der den Anforderungen der Einleitungsworte des § 87 Abs.1 genügt, die Mitbestimmung des Betriebsrats aus (15).

Nach einer heute im Vordringen begriffenen Ansicht beseitigt § 77 Abs.3 lediglich die Zuständigkeit zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen und läßt das formlos ausgeübte Mitbestimmungsrecht unberührt. Die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 entfaltet sich danach zwar auch im Bereich der Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1, sie bezieht sich jedoch nicht auf die Mitbestimmung selbst, sondern verbietet lediglich den Abschluß von Betriebsvereinbarungen (16). Das gilt je nach dem angenommenen Umfang der Sperrwirkung zum Teil nur für die materiellen (17), zum Teil für sämtliche Mitbestimmungstatbestände (18).

Eine vermittelnde Ansicht vertritt Richardi (19). Er wendet zwar § 77 Abs.3 grundsätzlich auch auf formlose Betriebsabsprachen über Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen an, macht davon jedoch im Bereich der Mitbestimmung eine Ausnahme. Soweit nicht der Tarifvorbehalt des Eingangssatzes des § 87 Abs.1 eingreift, hat der Betriebsrat mitzubestimmen, die Mitbestimmung kann nur nicht normativ ausgeübt werden. Allerdings soll § 77 Abs.3 auch die formlose Ausübung der Mitbestimmung ausschließen, wenn eine für den Betrieb geltende Tarifregelung abgelaufen ist, die Angelegenheit aber üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt wird.

2. Die Vorrang-Theorie

Die Vertreter der Vorrang-Theorie (20) stellen das im Mitbestimmungskatalog des § 87 Abs.1 zum Ausdruck kommende Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer in den Vordergrund. Nach ihrer Ansicht widerspricht es dem Sinn der Mitbestimmung, wenn die Rechte des Betriebsrats schon entfallen, wenn eine tarifliche Regelung lediglich üblich ist, für den konkreten Betrieb jedoch nicht gilt. Bei der Begründung des "Vorrangs" gehen sie sämtlich davon aus, daß § 77 Abs.3 nicht nur die Realisierung der Mitbestimmung durch Betriebsvereinbarung ausschließen würde, sondern das Mitbestimmungsrecht selbst schon bei tarifüblicher Regelung einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit entfallen würde.

3. Die Lösungsvarianten im Überblick

Es sind danach insgesamt fünf Lösungsvarianten denkbar. Diese unterscheiden sich zunächst danach, ob § 77 Abs.3 überhaupt für die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 gilt. Kommen die Tarifvorbehalte kumulativ zur Anwendung, so hängt die Einschränkung der Mitbestimmung von Reichweite und Intensität der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 ab:

- (1) § 77 Abs.3 gilt für alle Arbeitsbedingungen und schließt das Mitbestimmungsrecht aus.
- (2) § 77 Abs.3 gilt nur für materielle Arbeitsbedingungen und schließt auch nur insoweit das Mitbestimmungsrecht aus.
- (3) § 77 Abs.3 gilt für alle Arbeitsbedingungen, schließt aber nur die Realisierung der Mitbestimmung durch Betriebsvereinbarung aus.
- (4) § 77 Abs.3 gilt nur für materielle Arbeitsbedingungen und schließt insoweit nur die normative Ausübung der Mitbestimmung aus.
- (5) § 77 Abs.3 gilt für alle Arbeitsbedingungen, nicht aber für die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1, die deshalb auch durch Betriebsvereinbarung realisiert werden können.

Von diesen Lösungsmöglichkeiten kann die erste sogleich ausgeschlossen werden. Sie wird zu Recht nicht vertreten, weil sie den Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 überflüssig macht. Die zweite Variante ist die ältere Zwei-Schranken-Theorie. Bei der dritten und vierten Vari-

ante handelt es sich um zwei Spielarten der neueren Zwei-Schranken-Theorie, die sich von der Variante (5), der Vorrang-Theorie, nicht mehr in der grundlegenden Frage unterscheidet, ob § 77 Abs.3 überhaupt das Mitbestimmungsrecht berührt, sondern nur noch in der Art der Realisierung der Mitbestimmung.

Ehe die vorgestellten Ansichten auf Begründung und praktische Auswirkung untersucht werden, stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie der Gesetzgeber das Verhältnis der beiden Vorbehalte zueinander gesehen hat.

II Materialien und Gesetzessystematik

1. Gesetzgebungsverfahren

In den Materialien ist eine ausdrückliche Stellungnahme zu dem aufgezeigten Problem nicht enthalten. Der Regierungsentwurf (21) erwähnt bei der Begründung der Einbeziehung der Geldfaktoren in die Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs.1 Nr.11 lediglich den Tarifvorbehalt "gemäß Abs.1 Satz 1". § 77 Abs.3 oder der Vorrang tarifüblicher Regelungen werden in diesem Zusammenhang nicht genannt. Der Bundesrat (22) hat zwar die Einfügung eines Absatzes 1 a) nach § 87 Abs.1 mit dem Inhalt gefordert, daß § 77 Abs.3 anzuwenden sei. Er hat diese Forderung damit begründet, daß der "Grundsatz des Vorranges der Tarifüblichkeit... auch in den hier genannten Fällen Anwendung finden" müsse. Die Bundesregierung hat diesen und andere Änderungsvorschläge in ihrer Gegenäußerung (23) jedoch mit der Begründung zurückgewiesen, sie beeinträchtigten die "Ausgewogenheit der Gesamtkonzeption".

Die Bestimmung des Verhältnisses der beiden Tarifvorbehalte des Gesetzes zueinander ist danach zwar als Problem gesehen, jedoch nicht ausdrücklich entschieden worden. Das Fehlen einer eindeutigen Stellungnahme in die eine oder andere Richtung läßt den Schluß zu, daß im Gesetzgebungsverfahren eine Festlegung vermieden und die Klärung der auftretenden Fragen der Praxis überlassen bleiben sollte. Denn der Gesetzgeber konnte auch nicht an eine einheitliche Lehre zum Verhältnis von §§ 59 und 56 Abs.1 BetrVG 1952 anknüpfen.

Ein Teil der Lehre zum alten Recht hat zwar grundsätzlich die Anwendung des § 59 BetrVG 1952 in den Angelegenheiten bejaht, die nach § 56 Abs.1 BetrVG 1952 dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterlagen (24). Das war jedoch ohne praktische Bedeutung. Da die herrschende Meinung § 59 BetrVG 1952 nur auf materielle Arbeitsbedingungen anwandte und das Mitbestimmungsrecht lediglich in formellen Arbeitsbedingungen anerkannte (25), kam eine Überschneidung beider Vorschriften nicht in Betracht. Auf der Grundlage dieser Ansicht ließ sich deshalb auch die Exklusivität beider Vorbehalte vertreten (26).

Mit der Ausweitung der Mitbestimmung auf materielle Arbeitsbedingungen ist die Frage nach dem Verhältnis der beiden Tarifvorbehalte des Gesetzes zueinander erstmals praktisch effizient geworden. Zwar ist auch zu § 56 BetrVG 1952 von einigen, die schon damals die Mitbestimmung auf materielle Arbeitsbedingungen erstrecken wollten, die Anwendung des § 59 BetrVG 1952 im Bereich des § 56 Abs.1 BetrVG 1952 akzeptiert worden (27). Allerdings wurde die Frage nicht näher problematisiert. Wenn dem Gesetzgeber bei der Neuregelung der Mitbestimmung diese Ansicht vorgeschwebt hätte, wäre jedoch für eine Zurückweisung des darauf hinauslaufenden Vorschlags des Bundesrats kaum Raum gewesen. Eine schlichte Übernahme einer der früher vertretenen Meinungen zum Verhältnis der Tarifvorbehalte erscheint jedenfalls infolge des geänderten Rechtszustandes unzulässig. Der geänderten Konzeption der Mitbestimmung muß dadurch Rechnung getragen werden, daß das Verhältnis der Tarifvorbehalte zueinander neu bestimmt wird ohne an überkommene Vorstellungen anzuknüpfen.

2. Gesetzssystematik

Während § 59 BetrVG 1952 am Ende des Abschnitts "Soziale Angelegenheiten" hinter dem Mitbestimmungstatbestand des § 56 BetrVG 1952 eingefügt war, ist der Tarifvorrang des § 77 Abs.3 Teil der allgemeinen Vorschriften des ersten Abschnitts des vierten Teils des Betriebsverfassungsgesetzes. Diese Stellung der Vorschrift im Gesetz wird von den Anhängern der Zwei-Schranken-Theorie zur Begründung ihrer Ansicht in Anspruch genommen (28). Teilweise wird in diesem Zusammenhang auf § 112 Abs.1 Satz 4 hingewiesen, der die Anwendung des § 77 Abs.3 auf den Sozialplan ausschließt (29).

Richtig ist, daß im neuen Recht nicht mehr allein aus der systematischen Stellung beider Vorschriften zueinander gefolgert werden kann, mit den "sonstigen Arbeitsbedingungen" seien die Arbeitsbedingungen gemeint, die nicht Teil des Mitbestimmungskatalogs des § 87 Abs.1 sind, wie dies eine Mindermeinung zum Verhältnis der Tarifvorbehalte der §§56 Abs.1 und 59 BetrVG 1952 vertreten hat (30). Die Stellung des § 77 Abs.3 in den allgemeinen Vorschriften spricht vielmehr für die grundsätzliche Anwendung auf sämtliche Betriebsvereinbarungen, die in seinen gegenständlichen Geltungsbereich fallen. Dies scheint sowohl für freiwillige wie für Betriebsvereinbarungen über mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten zu gelten, auch soweit sie auf einem Spruch der Einigungsstelle beruhen. Denn Betriebsvereinbarungen in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten, in denen sich Betriebsrat und Arbeitgeber nicht einigen konnten, sind ausdrücklich in § 77 Abs.2 erwähnt.

Zur Begründung dieser Ansicht bedarf es somit keines Hinweises auf § 112 Abs.1 Satz 4. Aus dieser Vorschrift, die die Geltung des § 77 Abs.3 für einen bestimmten Mitbestimmungstatbestand, den Sozialplan, ausschließt, kann nicht geschlossen werden, daß die allgemeine Bestimmung immer dann Platz greifen müsse, wenn die Sonderbestimmung sie nicht durch einen ausdrücklichen Zusatz ausschließe (31). Nach den allgemeinen Konkurrenzregeln reicht es vielmehr aus, daß eine Spezielnorm sämtliche Tatbestandsmerkmale der lex generalis enthält und diesen ein weiteres spezialisierendes Merkmal hinzufügt (32).

Vergleicht man nun die Tarifvorbehalte der §§ 77 Abs.3 und 87 Abs.1, so ist zunächst festzustellen, daß sich ihre Geltungsbereiche zwar überschneiden, aber nicht decken (33). Genau genommen kommt für die Bestimmung der Konkurrenz beider Normen deshalb nur das Verhältnis der Subsidiarität in Betracht (34). Voraussetzung für eine solche Zuordnung von Gesetzesnormen ist, daß sich neben einem teilweise deckungsgleichen Geltungsbereich aus dem Geltungswillen der Vorschriften ergibt, daß das eine Gesetz das andere für seinen Geltungsbereich ausschließen will (35).

Die Stellung in den allgemeinen Vorschriften ist somit nicht mehr als ein Indiz für die Geltung des § 77 Abs.3 im Bereich der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten des § 87 Abs.1. Entscheidend ist, wieweit sich die vertretbaren Ansichten widerspruchsfrei unter

Berücksichtigung der Zwecke der Tarifvorbehalte begründen lassen.

III Kritik der Zwei-Schranken-Theorie

Die beiden Tarifvorbehalte des Betriebsverfassungsgesetzes werden in zwei grundsätzlichen Varianten kumulativ angewandt. Während die neuere Zwei-Schranken-Theorie lediglich die normative Realisierung der Mitbestimmung durch § 77 Abs.3 ausschließt, wirkt die Vorschrift nach der älteren Auffassung unmittelbar auf das Beteiligungsrecht des Betriebsrats ein.

1. Ausschluß der Mitbestimmung durch § 77 Abs.3

Die Vorteile dieser Ansicht liegen aus der Sicht der Tarifautonomie auf der Hand: Ebenso wie bei freiwilligen Betriebsvereinbarungen wird eine Störung der Tarifpolitik durch die betriebliche Mitbestimmung, besonders nach dem Ablauf eines Tarifvertrages während der Tarifverhandlungen verhindert. Die Tarifautonomie wird auch gegenüber der betrieblichen Mitbestimmung gesichert (36). Allerdings muß sich diese Auffassung mit zwei grundlegenden Einwänden auseinandersetzen: Da § 77 Abs.3 nur die Zuständigkeit der Betriebsparteien zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen einschränkt, läßt er die nicht normative Realisierung der Mitbestimmung unberührt. Ferner ist es gerade unter dem Gesichtspunkt der Geltung im Mitbestimmungsbereich erforderlich, die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 auf die materiellen Arbeitsbedingungen zu beschränken. Dadurch wird diese Unterscheidung aber für den Katalog des § 87 Abs.1 wieder bedeutsam, obwohl von der Mitbestimmung her eine solche Differenzierung nicht mehr sinnvoll ist.

a) Sperrwirkung des § 77 Abs.3 bei formloser Realisierung der Mitbestimmung?

Nach Rechtsprechung und herrschender Meinung kann die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit formlos durch Regelungsabrede erfolgen und bedarf nicht der Form einer Betriebsvereinbarung (37). Für solche Betriebsabsprachen gilt § 77 Abs.3 nicht, weil die Regelung der Arbeitsbedingungen aufgrund der formlosen Einigung der Betriebsparteien nur im Arbeitsvertrag erfolgt und diese regelmäßig auch wirksam bliebe,

wenn Betriebsabsprachen der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 unterlägen (38). Für formlose Einigungen über die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten des § 87 Abs.1 kann nichts anderes gelten.

Allerdings sind Regelungsabreden in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten faktisch fast notwendig ebenso publik wie Betriebsvereinbarungen, die nach § 77 Abs.2 Satz 3 im Betrieb auszulegen sind. Denn der Arbeitgeber wird den Arbeitnehmern in aller Regel offenbaren, daß er die Mitbestimmung beachtet hat. Deshalb wird die mit der Tarifautonomie konkurrierende Kompetenz des Betriebsrats hier besonders deutlich. Ebenso aber wie bei freiwilligen Betriebsabsprachen erfolgt die Regelung des der Mitbestimmung unterliegenden Sachverhalts allein im Arbeitsverhältnis. Sie bleibt auch dann wirksam, wenn die zugrundeliegende Absprache zwischen den Betriebsparteien nach § 77 Abs.3 wegfällt (39). Es ist deshalb nicht sinnvoll, Einigungen der Betriebsparteien in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten, die nicht normativ wirken, unter § 77 Abs.3 fallen zu lassen.

Wenn man aber der Ansicht ist, daß die fehlende normative Wirkung kein Umstand ist, um die Regelungsabrede von der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 auszunehmen (40), ist es nicht einleuchtend, Betriebsvereinbarung und Betriebsabsprache im Bereich des § 77 Abs.3 gleichzubehandeln, in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten als Regelungsinstrument aber nur die formlose Einigung zuzulassen, sofern die Voraussetzungen des § 77 Abs.3 vorliegen. Darauf läuft jedoch die Ansicht hinaus, nach der § 77 Abs.3 grundsätzlich zwar auch für Regelungsabreden gilt, die aber mit der Begründung, eine Sperrwirkung beziehe sich nicht auf die Mitbestimmung, nur Regelungsabreden in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten vom Anwendungsbereich des § 77 Abs.3 ausnimmt (41). Stellt man Betriebsvereinbarung und formlose Einigung im Hinblick auf die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 gleich, so kann die Anwendung dieser Vorschrift im Bereich der Angelegenheiten des § 77 Abs.1 nicht zu einer unterschiedlichen Behandlung beider Vereinbarungen führen.

Der halbe Schritt, den diese Meinung in Richtung Vorrang-Theorie geht, wird auch nicht überzeugender, wenn § 77 Abs.3 auf den Fall beschränkt wird, daß die für den Betrieb geltende tarifliche Regelung abgelaufen ist und nur noch nachwirkt (42). Für diese Auffas-

sung gibt das Gesetz keinerlei Anhaltspunkte.

Es bleibt deshalb dabei: Entweder man wendet § 77 Abs.3 nur auf Betriebsvereinbarungen an, dann läßt die Norm die Ausübung der Mitbestimmung durch Betriebsabsprache unberührt. Oder man erstreckt die Sperrwirkung auch auf Regelungsabreden, dann gilt § 77 Abs.3 auch für die erzwingbare formlose Einigung der Betriebsparteien.

Setzt man sich über die Bedenken gegen die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 bei formlosen Betriebsabsprachen hinweg, so steht man vor der weiteren Schwierigkeit, die Sperrwirkung gegenständlich abgrenzen zu müssen, um den Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 Halbsatz 1 nicht funktionslos zu stellen.

- b) Notwendigkeit der gegenständlichen Abgrenzung der Sperrwirkung des § 77 Abs.3

Erfaßt § 77 Abs.3 sämtliche Arbeitsbedingungen und gilt er bei § 87 Abs.1 in der Weise, daß das Mitbestimmungsrecht selbst entfällt, so ist kein Fall mehr denkbar, in dem die Mitbestimmung durch die Eingangsworte des § 87 Abs.1 Satz 1 ausgeschlossen wird (43). Der Tarifvorbehalt wird überflüssig. Gilt § 77 Abs.3 jedoch nur für die materiellen Arbeitsbedingungen, so bleibt der Vorbehalt des § 87 Abs.1 für die formellen Arbeitsbedingungen erhalten (44). Allerdings wird es dann erforderlich, materielle und formelle Angelegenheiten der Mitbestimmung zu unterscheiden.

Es ist dieser Umstand, der den zweiten wesentlichen Einwand gegen die ältere Zwei-Schranken-Theorie begründet. Während nämlich eine Unterscheidung verschiedener Arbeitsbedingungen im Rahmen der einzelnen Mitbestimmungstatbestände weder gesetzlich gewollt noch sachlich geboten ist (45), die Auslegung der "sonstigen Arbeitsbedingungen" des § 77 Abs.3 im Sinne von materiellen Arbeitsbedingungen aus Wortlaut, Gesetzssystematik und Normzweck nicht herzuleiten ist (46), lebt diese Differenzierung im Zusammenwirken beider Tarifvorbehalte wieder auf und wird allein wegen der kumulativen Anwendung der Vorschriften erforderlich.

Bei der Erörterung der Frage, ob das Gesetz die Unterscheidung formeller und materieller Arbeitsbedingungen im Bereich der einzelnen

Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs.1 aufgegeben hat, ist erkennbar geworden, daß der Gesetzgeber sich bei der Fassung der Mitbestimmungstatbestände offenbar lediglich an Zweckmäßigkeitgesichtspunkten orientiert hat (47). Maßgeblich, wenn auch nicht allein entscheidend, dürfte häufig der enge Zusammenhang zwischen der materiellen und der formellen Seite einer dem Mitbestimmungsrecht unterliegenden Arbeitsbedingung gewesen sein. Deshalb muß es befremden, wenn dieser Sachzusammenhang durch die Anwendung des § 77 Abs.3 lediglich auf die materielle Seite des Mitbestimmungstatbestandes wieder aufgehoben wird. Kaum vertretbar kann dieses Ergebnis für diejenigen sein, die Mitbestimmungsrechte in materiellen Arbeitsbedingungen lediglich als Ausnahmen des Grundsatzes ansehen, nach dem die betriebliche Mitbestimmung sich lediglich auf die formellen Arbeitsbedingungen bezieht, und die Mitbestimmung im Entgeltsbereich nur wegen des engen sachlichen Zusammenhangs mit einer formellen Arbeitsbedingung für gerechtfertigt halten (48).

Die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 gegenüber der Mitbestimmung in materiellen Angelegenheiten führt mittelbar auch wieder zu einer gegenständlichen Abgrenzung von Tarifautonomie und Mitbestimmung. Es bedeutet nämlich in der Regel keinen praktischen, sondern lediglich einen dogmatischen Unterschied, ob dem Betriebsrat die lohnpolitische Entscheidung etwa bei der Regelung leistungsbezogener Entgelte schon im Rahmen des Mitbestimmungstatbestandes selbst versagt ist oder ob man ihm die Mitentscheidung dadurch unmöglich macht, daß man das Mitbestimmungsrecht nach § 77 Abs.3 beschränkt. Das gilt insbesondere für den Bereich der Mitbestimmung bei der Festsetzung leistungsbezogener Entgelte nach § 87 Abs.1 Nr.11, da gerade bei den Akkordsätzen üblicherweise tarifvertragliche Regelungen vorliegen.

Die Auftrennung der Mitbestimmungsrechte in materielle und formelle wirft damit nicht nur Probleme auf, die den Sinn der Mitbestimmung in materiellen Angelegenheiten überhaupt in Frage stellen, sondern führt auch zu erheblichen Komplikationen bei der praktischen Anwendung. Das sollen zwei Beispiele verdeutlichen.

c) Beispiele

aa) § 77 Abs.3 und die Mitbestimmung beim Akkord

Tarifverträge, die den Akkordverdienst im einzelnen regeln, sind selten. Der Zeitfaktor entzieht sich einer konkreten tariflichen Regelung, da für die Erfassung der Normalleistung, auch soweit sie auf anerkannten wissenschaftlichen Systemen wie etwa dem Refa- oder Bedauxsystem beruht, immer auch die besonderen Verhältnisse der verschiedenen Wirtschaftszweige und der Produktionsbedingungen der einzelnen Betriebe maßgeblich sind. Die Tarifverträge beschränken sich deshalb überwiegend auf eine Regelung des Akkordrichtsatzes, des Stundenlohns bei Normalleistung. Wendet man mit der älteren Zweischranken-Theorie die Sperrvorschrift des § 77 Abs.3 auf die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 selbst an, scheidet eine Einflußnahme der Betriebsvertretungen auf die Regelung des tariflichen Stundenlohnes im Wege der Mitbestimmung fast gänzlich aus. Wegen des Üblichkeitsvorbehalts kommen Mitbestimmungsrechte in diesem Bereich insbesondere auch nicht nach Ablauf von Tarifverträgen oder bei fehlender Tarifbindung des Arbeitgebers in Betracht. Dieses Ergebnis wird von einigen nicht nur in Kauf genommen, sondern geradewegs mit der Begründung angestrebt, die betriebliche Mitbestimmung dürfe die Tarifoheit der Verbände auch zwischen dem Ablauf eines Tarifvertrages und der Vereinbarung eines neuen nicht stören (49). Dabei wird jedoch übersehen, daß sich das Mitbestimmungsrecht nach der Begründung des Regierungsentwurfs (50) "auf die Festlegung aller Bezugsgrößen erstreckt, die für die Ermittlung und Berechnung der leistungsbezogenen Entgelte von Bedeutung sind". Eine Bezugsgröße in diesem Sinne ist auch der Stundenlohn bei Normalleistung, gleichgültig ob er als Akkordrichtsatz tariflich festgelegt oder einzelvertraglich vereinbart wird. Der von den Tarif- oder Arbeitsvertragsparteien festgelegte Stundenlohn ist das "lohnmäßige Ergebnis" (51), an dem sich beim Zeitakkord Zeit- und Geldfaktor, beim Geldakkord der für die einzelne Leistungseinheit festgesetzte Betrag orientiert (52).

Ob die Anwendung des § 77 Abs.3 im Bereich der Mitbestimmung beim Akkord im Ergebnis eine Rückkehr zum Rechtszustand des § 56 Abs.1 g BetrVG 1952 bedeutet, der nach der damals herrschenden Auffassung die Regelung von Geldfaktor und Akkordrichtsatz der Mitbestimmung vorenthielt und die Beteiligung des Betriebsrats nur bei der Festsetzung der Zeitfaktoren erlaubte (53), hängt zunächst davon ab, inwieweit der Akkordrichtsatz den Geldfaktor beeinflußt.

Aus dem Wesen des Zeitakkords folgt grundsätzlich nicht, daß der Geldfaktor an den tariflichen Akkordrichtsatz gebunden ist. Der tatsächliche Verdienst eines Akkordarbeiters ergibt sich aus einer Multiplikation der Vorgabezeit, also des Zeitfaktors, mit dem Geldfaktor und der Zahl der hergestellten Leistungseinheiten. Dabei ist es statthaft, die einzelnen Faktoren frei, auch unrichtig, festzusetzen. Vom Lohnergebnis her ist es unerheblich, ob dem Arbeitnehmer, der in der Stunde 15 Leistungseinheiten erbringt, für eine Leistungseinheit 5 Minuten bei einem jeweiligen Geldfaktor von DM 0,12 gutgebracht werden oder ob ihm jeweils 4 Minuten mit einem Geldfaktor von DM 0,15 gutgebracht werden. In beiden Fällen erhält er denselben Akkordverdienst von DM 9,00 je Stunde (54). Auch wenn die Zeiten also objektiv unrichtig sind, liegt ein Zeitakkord vor (55). Die freie Variabilität beider Faktoren kann jedoch durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag aufgehoben werden (56). So kann etwa der Geldfaktor des Zeitakkords unmittelbar vom Akkordrichtsatz abhängig gemacht werden (57). Eine Bindung des Geldfaktors an den Akkordrichtsatz tritt ferner ein, wenn die Vorgabezeiten, also der Zeitfaktor, richtig bemessen sind. Das ist regelmäßig insbesondere dann der Fall, wenn diese Zeiten in arbeitswissenschaftlichen Verfahren ermittelt sind. In diesem Fall muß der Geldfaktor mindestens dem Akkordrichtsatz gleichkommen, da die Arbeitnehmer bei Normalleistung mindestens den tariflich vorgesehenen Stundenlohn erreichen müssen (58).

Die Regelung des Geldfaktors liegt also nur dann im tariffreien Raum, wenn die Tarifparteien lediglich den Akkordrichtsatz geregelt haben ohne eine nähere Bindung des Geldfaktors an den tariflichen Stundenlohn vorzusehen. Ist der Zeitfaktor aber in einem arbeitswissenschaftlichen Verfahren festgelegt, so muß der Geldfaktor auf die Akkordminute umgerechnet gemäß § 4 Abs.3 TVG mindestens den 60igsten Teil des Akkordrichtsatzes, also des tariflichen Stundenlohn, erreichen. Damit wird in den in der Praxis weitaus meisten Fällen durch den Akkordrichtsatz der Geldfaktor gebunden. Wendet man § 77 Abs.3 auf die Mitbestimmungsrechte bei der Regelung des Akkordlohns gemäß § 87 Abs.1 Nr.11 an, so wird der Betriebsrat von der Mitbestimmung bei der Regelung des Geldfaktors in der Regel ausgeschlossen. Ein Grund für die ausdrückliche Nennung der Geldfaktoren als Gegenstand der Mitbestimmung ist dann für die Mitbestimmung beim Akkord, beim wichtigsten Leistungslohn, im Regelfall nur dann erkennbar, wenn man

den Sinn der Erstreckung der Mitbestimmung auf die Festsetzung der Geldfaktoren allein in der Sicherung der Richtigkeit der leistungsbezogenen Entgelte sieht (59). Bejaht man aber wie hier die Mitbestimmung über die Höhe des Entgelts (60), so ist ihre Reduzierung auf die Ausnahmefälle außerhalb üblicher Tarifregelungen nicht zu rechtfertigen.

bb) § 77 Abs.3 und die Mitbestimmung bei der bargeldlosen Lohnzahlung

Die Bedeutung, die die Einführung der bargeldlosen Lohnzahlung für das Tarif- und das Betriebsverfassungsrecht hat, zeigt der Umstand, daß das Bundesarbeitsgericht fast gleichzeitig die tarifvertragliche und die mitbestimmungsrechtliche Seite dieser Frage zu beurteilen hatte (61). In Übereinstimmung mit der überwiegenden Ansicht im Schrifttum hat es entschieden, daß sich die Mitbestimmung nach § 87 Abs.1 Nr. 4 auch auf die Frage erstreckt, wer die Kosten für die Kontoführung zu tragen hat (62). Die Kostenfrage ist nämlich von der Frage der Einführung der Auszahlungsmodalitäten des Arbeitsentgelts nicht zu trennen. Eine Nichtregelung führt nicht zu einem regelungsfreien Zustand, sondern beinhaltet die Kostentragungspflicht für denjenigen, der das Konto zu errichten hat, also den Arbeitnehmer. Die Regelung der Kostentragungspflicht ist eine materielle Arbeitsbedingung, die deshalb im Tarifvertrag als Inhaltsnorm gefaßt wird (63). Die Auszahlungsart selbst ist eine formelle Arbeitsbedingung. Für die Mitbestimmung sind damit die materielle und die formelle Seite des Mitbestimmungstatbestandes untrennbar miteinander verbunden.

Wendet man nun § 77 Abs.3 im Bereich der materiellen Angelegenheiten des § 87 Abs.1 in der Weise an, daß bei Vorliegen seiner Voraussetzungen das Mitbestimmungsrecht selbst entfällt, so muß sich die Sperrwirkung in diesem Fall zwangsläufig sowohl auf die materielle wie auf die formelle Seite des Mitbestimmungstatbestandes erstrecken. Dann läßt sich aber die These von der auf die materiellen Arbeitsbedingungen begrenzten Sperrwirkung nicht halten. Die Erklärung neben den materiellen Arbeitsbedingungen müßten in diesen Fällen auch die formellen Annexbedingungen an der Sperrwirkung teilhaben (64), bietet nur scheinbar einen Ausweg. Man müßte dann nämlich erklären können, warum gerade in diesen Fällen die behauptete Primär-

zuständigkeit der Betriebsparteien in formellen Angelegenheiten, mit der unter anderem ja die Beschränkung der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 begründet wird (65), entfallen soll. Von der betrieblichen Seite her, die allein für die Begründung des Vorrangs in Frage kommt (66), läßt sich aber eine unterschiedliche Behandlung verschiedener formeller Arbeitsbedingungen nicht erklären.

Die beiden Beispiele zeigen, daß der Ausschluß der Mitbestimmung durch § 77 Abs.3, auch wenn man sich über die grundlegenden Bedenken gegen diese Auffassung hinwegsetzt, keineswegs widerspruchsfreie Ergebnisse zeitigt. Zwar wird gerade auf dem von § 87 Abs.1 Nr.11 erwähnten Sektor der leistungsbezogenen Entgelte eine Einmischung des Betriebsrats in die Tarifpolitik im Stadium zwischen zwei Tarifverträgen abgewehrt. Jedoch wird die ausdrückliche Erwähnung der Geldfaktoren kaum plausibel, da die Mitbestimmung in den Randbereich außerhalb üblicher Tarifregelungen zurückgedrängt wird. Durch die gemischt materiell-formellen Arbeitsbedingungen, die nach der Öffnung der Mitbestimmung für die Regelung materieller Arbeitsbedingungen (67) erheblich zunehmen dürften, wird die Beschränkung der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 auf materielle Arbeitsbedingungen in Frage gestellt. Aufgegeben werden kann sie nach dieser Ansicht jedoch nicht, da sonst der Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 Satz 1 sinnlos würde.

Die neuere Zwei-Schranken-Theorie kann diesen Bedenken zum Teil Rechnung tragen.

2. Ausschluß der normativen Realisierung der Mitbestimmung

Die neuere Zwei-Schranken-Theorie wendet § 77 Abs.3 in der Weise im Bereich des § 87 Abs.1 an, daß zwar die Mitbestimmung selbst unangetastet bleibt, ihre Ausübung durch Betriebsvereinbarung jedoch entfällt (68). Damit wird dem Wortlaut des § 77 Abs.3 Genüge getan, der den Betriebsparteien nur die Normsetzung im Bereich tariflicher und tarifüblicher Regelungen verweigert, formlose Betriebsabsprachen jedoch zuläßt (69). Allerdings werden die Konsequenzen einer Anwendung des § 77 Abs.3 auf die betriebsvereinbarungsrechtliche Regelung einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit allein kaum problematisiert (70). In der Regel wird nur darauf hingewiesen, daß

auch nach § 77 Abs.2 Satz 2 der verbindliche Spruch der Einigungsstelle nicht zwingend den Charakter einer Betriebsvereinbarung haben müsse (71).

Was bedeutet aber praktisch die Streitentscheidung der Einigungsstelle durch Regelungsabrede? Welchen Sinn hat es, zwar die Zuständigkeit des Betriebsrats im Mitbestimmungsbereich zu erhalten, den Betriebsparteien jedoch die Möglichkeit einer normativen Regelung zu nehmen? Was bedeutet die damit erhaltene Doppelzuständigkeit bei tarifüblicher Regelung für den Sinn des § 77 Abs.3?

a) Konkurrenz von Gewerkschaft und Betriebsrat im Mitbestimmungsbereich

Durch die Einschränkung der Betriebsvereinbarungsbefugnis zu Gunsten tarifautonomer Kompetenzen soll verhindert werden, daß der Betriebsrat in Konkurrenz zu den Gewerkschaften tritt (72). Betriebsvereinbarungen sind nur deshalb Gegenstand der Sperrwirkung, weil alle anderen Institute zu betriebseinheitlicher Regelung der Arbeitsbedingungen lediglich auf der Ebene des Einzelarbeitsvertrages wirksam werden und somit die Regelung einer Arbeitsbedingung nicht durch die Betriebsabsprache, sondern erst durch deren Vollzug im Wege einzelvertraglicher Vereinbarungen erfolgt (73). Es ist jedoch etwas anderes, ob man im Rahmen des § 77 Abs.3 die Regelungsabrede nur deshalb nicht verbietet, weil dies ohne Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit nicht möglich ist, oder ob man im Rahmen des Mitbestimmungstatbestandes des § 87 Abs.1 die betriebseinheitliche Regelung dieses Tatbestandes gerade für erwünscht und notwendig hält, jedoch als Ausübungsform lediglich eine Regelungsabrede zur Verfügung stellt. In dem einen Fall ist nämlich die Mitwirkung des Betriebsrats nicht erwünscht, kann jedoch nicht verhindert werden, sofern die Betriebsparteien eine Regelungsabrede wählen. In dem anderen Fall ist die Mitwirkung des Betriebsrats nicht nur erwünscht, sondern, da es sich um einen Mitbestimmungstatbestand handelt, unverzichtbar. Anders als bei freiwilligen Regelungsabreden ist eine mitbestimmungspflichtige Arbeitsbedingung faktisch ebenso wie eine Betriebsvereinbarung im Betrieb publik zu machen. Damit wird der durch § 77 Abs.3 ohnehin schon unvollkommen ausgestattete Schutz der Tarifautonomie vor Konkurrenz durch die Betriebsparteien im Mitbestimmungsbereich noch weiter gelockert. Die Konkurrenz des Betriebs-

rats bleibt im Bereich tarifüblicher Regelung der Arbeitsbedingungen erhalten, insbesondere auch im Stadium zwischen zwei Tarifverträgen (74).

Von der Vorrang-Theorie unterscheidet sich diese Auffassung allein darin, daß sie den Betriebsparteien beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 77 Abs.3 ein bestimmtes Regelungsinstrument, die Betriebsvereinbarung, verwehrt. Ob es dann nicht sinnvoller ist, nicht nur den Vorrang der Mitbestimmung als solchen anzuerkennen, sondern den Betriebsparteien auch das ihnen geeignet erscheinende Regelungsinstrumentarium zu belassen, hängt davon ab, wie sich der Ausschluß der Betriebsvereinbarung allein auswirkt.

b) Notwendigkeit einzelvertraglicher Vereinbarung
mitbestimmungspflichtiger Maßnahmen

Mit dem Ausschluß der Betriebsvereinbarungen durch § 77 Abs.3 wird den Betriebsparteien die Möglichkeit genommen, die beabsichtigte Regelung einer Arbeitsbedingung mit normativer Wirkung auszustatten. Die Realisierung der Mitbestimmungsrechte durch Betriebsvereinbarung ist jedoch regelmäßig zweckmäßig und häufig auch notwendig (75). Arbeitgeber und Betriebsrat ist kaum daran gelegen, ihre Vereinbarungen einzelvertraglich umzusetzen. Nur wenn sie selbst eine normative Regelung nicht für erforderlich halten, soll ihnen der Weg für eine formfreie, unter Umständen sogar schlüssige Einigung offenstehen (76). Die Rechtsprechung zur formfreien Realisierung der Mitbestimmung hat den Bedürfnissen der betrieblichen Praxis Rechnung getragen und ihr ein hohes Maß an Flexibilität gesichert (77).

Unter diesem Blickwinkel kann aber ein Ausschluß der Betriebsvereinbarung nicht sinnvoll sein, wenn das Mitbestimmungsrecht selbst unangetastet bleibt. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Arbeitgeber bei der Durchsetzung der mit dem Betriebsrat vereinbarten Maßnahme auf sein Weisungsrecht oder, sofern dieser Bereich überschritten wird, auf die Änderung der Arbeitsverträge mit Zustimmung der einzelnen Arbeitnehmer verwiesen werden soll. Ziel der Mitbestimmung ist vielmehr die Regelung der Maßnahme selbst durch die Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, ohne daß es einer weiteren Umsetzung und eventuellen Zustimmung der Arbeitneh-

mer des Betriebes bedarf. Die bloße Beseitigung der Betriebsvereinbarung als Ausübungsform der Mitbestimmung läuft für die betriebliche Praxis lediglich auf eine Erschwerung der Umsetzung der Mitbestimmungsergebnisse hinaus. Sie nimmt insbesondere dem Arbeitgeber die Möglichkeit, sich durch Kündigung der Betriebsvereinbarung gemäß § 77 Abs.5 von einer Maßnahme zu lösen und verweist ihn auf den Weg der Änderungskündigung.

Haben die Betriebsparteien das Vorliegen der Voraussetzungen des § 77 Abs.3 bedacht, können sie sich auf die Notwendigkeit der individualrechtlichen Ausgestaltung der dem Mitbestimmungsrecht unterliegenden Materie einrichten. Dieser Weg ist ihnen versperrt, wenn sie unter Verkenennung des § 77 Abs.3 eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen haben.

In der Regel ist eine Betriebsvereinbarung bei einem Verstoß gegen die Sperrwirkung gemäß § 134 BGB nichtig (78). Eine Umdeutung in eine formlose Regelungsabrede scheidet aus (79). Bei freiwilligen Betriebsvereinbarungen bestehen gegen diese Auffassung auch wegen der unterschiedlichen Wirkung beider Vereinbarungen auf das Arbeitsverhältnis keine Einwände (80). Im Bereich der Mitbestimmung ist aber das Verbot der Umdeutung als Regelfall kaum einzusehen, wenn eine formlose Absprache erzwungen werden kann. Wird aber die Umdeutung zur Regel, ist zumindest aus der Sicht der Gewerkschaften ein Streit um die Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs.3 uninteressant. Damit läuft der Zweck der Norm, die Sicherung der Tarifautonomie, leer.

Können sich die Betriebsparteien über die Regelung einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit nicht einigen, entscheidet die Einigungsstelle. Auch ihr Spruch, der nach § 87 Abs.2 die Einigung der Betriebsparteien ersetzt, muß als Regelungsabrede qualifiziert werden, sofern eine Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs.3 ausscheidet.

c) Wirkung des Spruchs der Einigungsstelle

Der Spruch der Einigungsstelle schließt ein förmliches, vom Gesetz in § 76, unter Umständen durch Betriebsvereinbarung näher konkre-

tisiertes Verfahren ab. Wie ein Vergleich der §§ 76 Abs.3 und 77 Abs.2 zeigt, sind die Formerfordernisse für den Abschluß einer Betriebsvereinbarung und den Beschluß der Einigungsstelle nahezu identisch. Für beide gilt Schriftform, sie sind entweder von Betriebsrat und Arbeitgeber im Falle einer Betriebsvereinbarung oder vom Vorsitzenden im Falle eines Einigungsstellenbeschlusses zu unterschreiben. Die Formvorschriften sprechen deshalb eher dafür, den Spruch der Einigungsstelle als Betriebsvereinbarung zu charakterisieren (81). § 87 Abs.2 spricht jedoch lediglich von einer Einigung der Betriebsparteien. § 77 Abs.1 ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber neben der Betriebsvereinbarung noch an andere Vereinbarungen gedacht hat, als er in § 77 Abs.2 bis 6 lediglich das Recht der Betriebsvereinbarung geregelt hat. Deshalb kann grundsätzlich eine verbindliche Entscheidung nach § 87 Abs.2 auch eine formlose Einigung ersetzen (82). Nur in den Fällen der §§ 47 Abs.6, 55 Abs.4, 72 Abs.6 ist der Spruch notwendig eine Betriebsvereinbarung, wie sich aus dem jeweiligen Zusammenhang mit den §§ 47 Abs.5, 72 Abs.5 ergibt (83).

In welchen Fällen liegt aber nun eine Betriebsvereinbarung und wann eine Regelungsabrede vor? Da es an einer Einigung gerade fehlt, kann dem Willen der Betriebsparteien nicht Rechnung getragen werden. Entscheidend können nur objektive Kriterien sein. Soweit allerdings formuliert wird, der Spruch ersetze eine Betriebsvereinbarung, soweit er normative Regelungen enthalte (84), wird suggeriert, die Entscheidung könne nach der Art der geregelten Materie getroffen werden (85). Dies widerspricht jedoch der herrschenden Meinung zur Ausübung des Mitbestimmungsrechts, nach der grundsätzlich über jede Angelegenheit des § 87 Abs.1 eine formlose Einigung herbeigeführt werden kann (86). Ohne Einschränkung kann deshalb auch der Ansicht nicht zugestimmt werden, die dem Spruch der Einigungsstelle immer dann normative Wirkung beilegt, wenn durch ihn Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer begründet, aufgehoben oder verändert werden (87). Das maßgebliche Kriterium kann vielmehr nur sein, ob der Spruch eine unmittelbare Regelung der streitigen Materie enthält oder ob eine Umsetzung auf die Ebene des Einzelarbeitsvertrages beabsichtigt ist (88). Darin liegt der wesentliche Unterschied zwischen normativer und formloser Regelung.

Danach mag es durchaus Fälle geben, in denen die Betriebsparteien

statt einer unmittelbaren normativen Regelung einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit den Weg einer formlosen Einigung wählen. Falls sie sich nicht einigen können, mag auch dem Spruch der Einigungsstelle die normative Wirkung fehlen. Sinnvoll ist die Entscheidung für oder gegen die Normwirkung jedenfalls nur dann, wenn er von der Regelungsmaterie her einleuchtend ist. In diesem Sinne ist es jedoch sachfremd, wenn man die Frage einer normativen Regelung davon abhängig macht, ob eine tarifliche oder tarifübliche Regelung der Angelegenheit im Sinne des § 77 Abs.3 vorliegt (89).

d) Unterscheidung formeller und materieller Arbeitsbedingungen

Anders als die ältere Zwei-Schranken-Theorie muß die neuere Auffassung nicht zwingend die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 auf materielle Arbeitsbedingungen beschränken. Da das Mitbestimmungsrecht selbst unangetastet bleibt, behält der Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 Satz 1 auf jeden Fall seine Bedeutung. Soweit § 77 Abs.3 auf sämtliche Arbeitsbedingungen angewandt wird (90), stellen sich keine besonderen Probleme. Wird § 77 Abs.3 in seiner Sperrwirkung aber auf die materiellen Arbeitsbedingungen beschränkt (91), darf in diesen Angelegenheiten das Mitbestimmungsrecht nur durch Betriebsabsprache ausgeübt werden, während für die formellen Arbeitsbedingungen die Betriebsvereinbarung zur Verfügung steht, soweit im übrigen nicht der Tarifvorbehalt der Eingangsworte des § 87 Abs.1 Satz 1 eingreift. Damit werden aber die Betriebsparteien vor kaum lösbare praktische Probleme gestellt. Theoretisch bestünde dann zwar bei der Einführung der bargeldlosen Lohnzahlung trotz üblicher Regelung durch Tarifvertrag die Möglichkeit, die Einführung selbst normativ, die Kostentragungsverpflichtung schuldrechtlich zu vereinbaren. Ebenso wäre es bei einer Akkordvereinbarung im Stadium zwischen zwei Tarifverträgen nach § 87 Abs.1 Nr.11, die nach dieser Auffassung ja zulässig bleibt, denkbar, den Zeitfaktor normativ und den Geldfaktor durch Betriebsabsprache zu regeln. Es kann jedoch keine Frage sein, daß man den Betriebsparteien eine solche Aufteilung zusammenhängender Angelegenheiten nicht zumuten kann. Vom Standpunkt der neueren Zwei-Schranken-Theorie erscheint deshalb die Beschränkung der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 auf materielle Arbeitsbedingungen nicht vertretbar.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die ältere Zwei-Schranken-Theorie die Sperrwirkung gegenüber der formlosen Realisierung der Mitbestimmungsrechte nicht begründen kann und auf eine Definition der "sonstigen Arbeitsbedingungen" des § 77 Abs.3 als materielle Arbeitsbedingungen angewiesen ist, obwohl die Unterscheidung formeller und materieller Angelegenheiten sonst entbehrlich ist. Die neuere Zwei-Schranken-Theorie hält die Konkurrenz zwischen Tarif- und Betriebsparteien sichtbar aufrecht und kann den Ausschluß nur der Betriebsvereinbarung als Instrument der Mitbestimmung weder aus der Sicht der Tarifautonomie noch der Betriebsverfassung sinnvoll erklären.

Diese Einwände gegen die beiden Varianten kumulativer Anwendung der Tarifvorbehalte sprechen sicher für die Vorrang-Theorie, welche die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 von der Geltung des § 77 Abs.3 vollständig ausnimmt. Läßt sich diese Auffassung aber auch positiv begründen?

IV Kritik der Vorrang-Theorie

Da sich die Geltungsbereiche der §§ 77 Abs.3 und 87 Abs.1 zwar überschneiden, aber nicht decken, können die Tarifvorbehalte, wenn sie nicht kumulativ angewandt werden, nur im Verhältnis der Subsidiarität zueinander stehen (92). Dann muß sich aber aus § 87 Abs.1 ergeben, daß § 77 Abs.3 für die dort genannten Mitbestimmungsrechte nicht gelten kann. Als Gründe für die Subsidiarität der Eingangsworte des § 87 Abs.1 Satz 1 kommen sowohl der Tarifvorbehalt selbst als auch die einzelnen Mitbestimmungstatbestände in Frage.

1. Subsidiaritätsgesichtspunkte

a) Der Tarifvorbehalt des Eingangssatzes des § 87 Abs.1

Nach der Vorrang-Theorie entfällt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in den Angelegenheiten des § 87 Abs.1 nur dann, wenn ein Tarifvertrag im Sinne der Eingangsworte der Vorschrift besteht, wenn also ein Tarifvertrag dadurch für den Betrieb gilt, daß zumindest der Arbeitgeber tarifgebunden ist (93). Eine nur übliche oder mangels Tarifbindung des Arbeitgebers nicht für den Betrieb

geltende Tarifregelung entfaltet keine Sperrwirkung. Die Vertreter dieser Lehre (94) meinen, der Vorbehalt werde sinnlos, wenn die Zuständigkeit der Betriebsparteien zur Regelung einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit bereits durch § 77 Abs.3 ausgeschlossen werden (95). Diese Begründung ist jedoch nicht zutreffend. Denn § 77 Abs.3 kann nur die Realisierung der Mitbestimmung durch Betriebsvereinbarung verbieten, das Mitbestimmungsrecht selbst aber nicht ausschließen. Deshalb bleibt § 87 Abs.1 Halbsatz 1 auf jeden Fall für die nicht-normative Gestaltung einer mitbestimmungspflichtigen Arbeitsbedingung wirksam. Wendet man § 77 Abs.3 zudem nur auf materielle Arbeitsbedingungen an, kommt bei den formellen Mitbestimmungsrechten nur § 87 Abs.1 Halbsatz 1 zum Zuge.

Gleichwohl läßt sich der Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 für die Begründung des Vorrangs vor der allgemeinen Vorschrift des § 77 Abs.3 in Anspruch nehmen. Allerdings muß man dabei auf die Zwecke beider Normen abstellen. Ebenso wie § 77 Abs.3 geht § 87 Abs.1 Satz 1 über eine bloße Kollisionsnorm hinaus (96). Beide Vorbehalte dienen der Sicherung der Tarifautonomie. § 77 Abs.3 gilt einerseits neben freiwilligen Betriebsvereinbarungen grundsätzlich auch für erzwingbare, dem Mitbestimmungsrecht unterliegende Betriebsvereinbarungen, wie die Erwähnung dieser Vereinbarungen in den Absätzen 1 und 2 des § 77 belegt. Andererseits stellen die Eingangsworte des § 87 Abs.1 engere Voraussetzungen für die Realisierung der Mitbestimmungsrechte unter anderem auch durch Betriebsvereinbarung auf. Will man dem Gesetzgeber nicht unterstellen, er habe für die insoweit deckungsgleichen Anwendungsbereiche unterschiedliche Regelungen treffen wollen, muß man von der Subsidiarität des § 87 Abs.1 Satz 1 ausgehen.

Da im übrigen die Vorschrift des § 77 Abs.3 das Mitbestimmungsrecht selbst nicht erreichen kann und allein der Ausschluß der Betriebsvereinbarung als Gestaltungsmittel der Mitbestimmung unter keinem rechtlichen und praktischen Gesichtspunkt sinnvoll ist, muß es den Betriebsparteien erlaubt sein, trotz § 77 Abs.3 eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit auch normativ zu regeln.

Auch die Materie der Mitbestimmungsrechte spricht für den Vorrang des Einleitungssatzes des § 87 Abs.1.

b) Die einzelnen Tatbestände des § 87 Abs.1

Für die meisten Angelegenheiten des § 87 Abs.1 läßt sich ohne weiteres begründen, daß das Mitbestimmungsrecht der Betriebsvertretung einschließlich der Zuständigkeit zur normativen Realisierung nicht schon durch eine tarifübliche Regelung der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten, sondern erst durch einen für den Betrieb geltenden Tarifvertrag ausgeschlossen werden soll. Fragen der Ordnung des Betriebes (Nr.1), von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit (Nr.2), der Modalitäten der Auszahlung des Arbeitsentgelts (Nr.4), der Verwaltung betrieblicher Sozialeinrichtungen (Nr.8) oder der Grundsätze über das betriebliche Vorschlagswesen (Nr.12) sind von der Sache her kaum abschließend tariflich zu regeln. Ihre Regelung ist vielmehr grundsätzlich auf die betrieblichen Verhältnisse zugeschnitten. Sie müssen zwar nicht notwendig von der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 ausgenommen werden (97). Es ist jedoch überzeugend, wenn man den Eingangssatz des § 87 Abs.1 dahin interpretiert, daß der Gesetzgeber insoweit die Sperrwirkung einer üblichen Tarifregelung, die keine Geltung für den einzelnen Betrieb hat, ausschließen wollte.

Wertungswidersprüchlich erscheint auf den ersten Blick jedoch, daß einerseits die Normierung des ausdrücklich in § 77 Abs.3 erwähnten Arbeitsentgelts schon bei üblicher Tarifregelung verboten ist, andererseits jedoch bestimmte Entgeltfragen auf betrieblicher Ebene für so regelungsbedürftig gehalten werden, daß der Betriebsvertretung insoweit ausdrückliche Mitbestimmungsrechte eingeräumt sind. Einleuchtend wird die dem zugrunde liegenden Intention des Gesetzgebers aber besonders dann, wenn man mit der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung das Mitbestimmungsrecht nur auf die Höhe des Leistungslohns im Rahmen des § 87 Abs.1 Nr.11, nicht aber auf die Höhe des Zeitlohns nach § 87 Abs.1 Nr.10 erstreckt, nur auf die vorübergehende Verkürzung und Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit nach § 87 Abs.1 Nr.3, nicht aber darüber hinaus auf sonstige Fragen der Dauer der Arbeitszeit nach § 87 Abs.1 Nr.2 (98). Aus der Vielzahl der Arbeitsbedingungen, die herkömmlich zum zentralen Betätigungsfeld der Koalitionen gehören, sind damit nur eng umrissene Teilbereiche der betrieblichen Sphäre zugewiesen worden: die Anordnung von Kurzarbeit und Überstunden, weil sie tariflich kaum regelbar ist; der Leistungslohn,

weil die lohnbildenden Faktoren, ihre Ermittlung, Anwendung und Relation zueinander für den einzelnen Arbeitnehmer schwerer zu durchschauen sind als beim Zeitlohn. Das gilt im Akkordbereich nicht nur für den arbeitswissenschaftlich ermittelten Akkord, dessen Faktoren prinzipiell frei austauschbar sind, sondern besonders für den frei ausgehandelten Akkord, bei dem Geld- und Zeitfaktor nicht getrennt ausgewiesen sind. Auch ohne daß auf die Möglichkeit von Akkordmanipulationen in diesem Bereich ausdrücklich hingewiesen werden müßte, leuchtet es ein, daß der einzelne Arbeitnehmer ohne Mitbestimmung dem Arbeitgeber schon deshalb ausgeliefert ist, weil dieser allein über die zur Überprüfung des Akkords notwendigen Betriebskenntnisse verfügt.

Es gibt somit eine Reihe von Gründen für die Subsidiarität der im Katalog des § 87 Abs.1 genannten Angelegenheiten vor der Sperrwirkung des § 77 Abs.3. Offenbar sind diese Angelegenheiten nach Auffassung des Gesetzgebers so stark betriebsbezogen, daß die Mitbestimmung erst zurücktritt, wenn ein für den Betrieb geltender Tarifvertrag den Schutz der Arbeitnehmer verbürgt (99).

Allerdings treffen die Gründe für die Subsidiarität der Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 nicht nur auf diese, sondern auf sämtliche Mitbestimmungsrechte zu. Ist dann zu erklären, daß andere Mitbestimmungsrechte keinen besonderen Tarifvorbehalt vorsehen?

c) Die Mitbestimmungsrechte außerhalb des § 87 Abs.1

Wie wenig der Gesetzgeber die neue Konzeption der Mitbestimmung im Gesetz von 1972 im Hinblick auf die Tarifvorbehalte bedacht hat, zeigt sich besonders beim Mitbestimmungsrecht bei der Durchführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen nach § 98. Die Beteiligung des Betriebsrats in diesen Angelegenheiten war im alten Recht in § 56 Abs.1 d BetrVG 1952 geregelt und stand nach dem Eingangssatz der Norm unter dem Vorbehalt des Tarifvertrages. Durch die Einordnung des Mitbestimmungsrechts in die personellen Angelegenheiten hat sich nach den Materialien eine qualitative Änderung nicht ergeben (100). Im neuen Recht ist jedoch nicht nur dieses Mitbestimmungsrecht vorbehaltlos eingeräumt worden. Auch andere Mitbestimmungsrechte enthalten keinen Tarifvorbehalt, obwohl etwa im Bereich der Mitbestimmung bei Versetzungen und Umgruppierungen nach § 99 tarif-

liche Regelungen denkbar sind (101), welche die Rechte des Betriebsrats einschränken können.

Nach der Vorrang-Theorie stehen diese Mitbestimmungsrechte - anders als die des § 87 Abs.1 - unter dem Vorbehalt des § 77 Abs.3, da es an einem dem Eingangssatz des § 87 Abs.1 Satz 1 entsprechenden Tarifvorbehalt fehlt, der die Subsidiarität auch dieser Angelegenheiten gegenüber § 77 Abs.3 begründen könnte. Aus der Sicht von Betriebsverfassung und Tarifautonomie läßt sich die unterschiedliche Behandlung von Mitbestimmungsrechten innerhalb und außerhalb des Katalogs des § 87 Abs.1 nicht begründen. Auch kann § 77 Abs.3 in diesen Fällen nur die normative Realisierung, nicht aber die Mitbestimmung selbst einschränken. Deshalb muß sich die Vorrang-Theorie insoweit mit allen Bedenken gegen die Verpflichtung der Betriebsparteien zur formlosen Ausübung der Mitbestimmung auseinandersetzen (102).

Für die anderen Theorien ist diese Frage jedoch ebenfalls nicht unproblematisch. Für die ältere Zwei-Schranken-Theorie stehen die sonstigen Mitbestimmungsrechte unter dem Vorbehalt des § 77 Abs.3, zumindest soweit es sich um materielle Angelegenheiten handelt. Sie werden behandelt wie die materiellen Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1. Erklärungsschwierigkeiten bereiten nach dieser Ansicht nur die formellen Mitbestimmungsrechte, die unter dem Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 stehen, sofern sie seinem Katalog angehören, ansonsten jedoch vorbehaltlos eingeräumt werden.

Nach der neueren Zwei-Schranken-Theorie gilt kein Tarifvorbehalt, wenn die Realisierung dieser Mitbestimmungsrechte formlos durch Betriebsabsprache erfolgt. Bei der Ausübung durch Betriebsvereinbarung ist § 77 Abs.3 zu beachten.

Für die Vorrang-Theorie werden diese Widersprüche restlos beseitigt, wenn der Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 als allgemeiner Rechtsgedanke für alle Mitbestimmungsrechte Geltung beansprucht (103). Da eine unterschiedliche Behandlung der Mitbestimmungsrechte im Hinblick auf den Tarifvorbehalt nicht gerechtfertigt ist und der Vorrang der Tarifautonomie mit der Konsequenz der Privilegierung der organisierten Arbeitnehmer einer Verbesserung des Tarifvertrages im Wege der Mitbestimmung entgegensteht, spricht viel für die analoge

Anwendung des Vorbehalts des § 87 Abs.1. Wie die Umstellung der Mitbestimmung bei der betrieblichen Berufsbildung zeigt, hat der Gesetzgeber diese Frage offenbar nicht bedacht. Das Gesetz enthält also eine Regelungslücke. Nach der Vorrang-Theorie stünden dann sämtliche Mitbestimmungsrechte unter dem Tarifvorbehalt der Eingangsworte des § 87 Abs.1, während § 77 Abs.3 lediglich Sperrwirkung gegenüber freiwilligen Betriebsvereinbarungen entfaltet.

Entscheiden läßt sich diese Frage letztlich aber wohl nur, wenn man die Auswirkungen einer analogen Anwendung des § 87 Abs.1 Halbsatz 1 für jeden einzelnen Mitbestimmungstatbestand untersucht, was über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgeht. Hier bleibt festzuhalten, daß die unterschiedliche Behandlung von Mitbestimmungsrechten innerhalb und außerhalb des § 87 Abs.1 im Hinblick auf den Tarifvorbehalt für jede der vertretenen Ansichten problematisch ist und deshalb für die Frage, welcher Auffassung der Vorzug zu geben ist, nicht entscheidend sein kann. Auch wenn man eine analoge Anwendung des § 87 Abs.1 Halbsatz 1 auf andere Mitbestimmungsrechte ablehnt, spricht dies vom Standpunkt der Vorrang-Theorie nicht gegen die Subsidiarität der Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 gegenüber den Arbeitsbedingungen des § 77 Abs.3.

Anders als die Zwei-Schranken-Theorie in ihren verschiedenen Varianten hat die Vorrang-Theorie danach kaum Schwierigkeiten, die Probleme des Verhältnisses von Tarifautonomie und Mitbestimmung sachgerecht zu lösen. Sie muß dem Betriebsrat allerdings im Bereich üblicher Tarifregelungen einen gewissen Spielraum zur Durchsetzung eigener lohnpolitischer Vorstellungen einräumen. Kann das zu einer ernstzunehmenden Störung der Tarifpolitik führen?

2. Störung der Tarifpolitik durch Mitbestimmung

Der Vorrang-Theorie wird entgegengehalten, sie ermögliche dem Betriebsrat, die Lohnpolitik der Verbände zu durchkreuzen. Es könne nicht hingenommen werden, daß der Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über den Geldfaktor beim Akkord erzwingen könne, wenn ein Tarifvertrag, der diese Frage geregelt habe, abgelaufen sei oder im Betrieb nicht gelte, weil der Arbeitgeber nicht tarifgebunden sei. Tarifverträge über Lohnfragen könnten durch Betriebsvereinbarungen und Sprüche der Einigungsstellen überwuchert werden (104).

Diese Befürchtung wird teilweise auch von Anhängern der Vorrang-Theorie geteilt (105). Sie ist zwar bisher nicht praktisch geworden, ist jedoch durchaus ernstzunehmen. Die Frage, ob der Betriebsrat zwischen zwei Tarifverträgen mit Hilfe der Einigungsstelle Lohnpolitik betreiben kann, wirft die schon unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten erörterte Frage auf, inwieweit die Mitbestimmung die Tarifautonomie gefährden kann (106).

Konkurrenz zwischen Betriebsparteien und Koalitionen im Bereich der Mitbestimmung beim Arbeitsentgelt setzt zunächst voraus, daß man überhaupt die lohnpolitische Funktion insbesondere des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs.1 Nr.11 anerkennt. Wird der Mitbestimmung die Entscheidung über die Lohnhöhe entzogen (107), besteht für eine weitere Einschränkung der Mitbestimmungsrechte durch § 77 Abs.3 von vornherein kein Anlaß.

Brisant kann das angesprochene Problem nur dann werden, wenn man dem Betriebsrat auch bei der mitbestimmungspflichtigen Regelung von Entgeltfragen ein uneingeschränktes Initiativrecht einräumt. Wird ihm das Recht abgesprochen, notfalls durch einen Spruch der Einigungsstelle dem Arbeitgeber erhöhte Leistungen aufzuerlegen, und wird das Mitbestimmungsrecht in den sogenannten materiellen Arbeitsbedingungen lediglich als Vetorecht gegen Maßnahmen des Arbeitgebers verstanden (108), besteht ebenfalls kein Anlaß, über § 77 Abs.3 Eingriffe der Betriebsvertretungen in die Tarifautonomie zu verhindern. Nur wenn grundsätzlich die Möglichkeit akzeptiert wird, daß der Betriebsrat aufgrund eigener Initiative auch gegen den Willen des Arbeitgebers notfalls unter Zuhilfenahme der Einigungsstelle lohnpolitische Funktionen ausüben kann, stellt sich die Frage, ob die ihm in diesen Arbeitsbedingungen eingeräumten Mitbestimmungsrechte mit den Zwecken kollidieren, die der Gesetzgeber durch die Regelungssperre des § 77 Abs.3 erreichen will.

Die unerwünschte Konkurrenz wird freilich wirksam nur durch die ältere Zwei-Schranken-Theorie verhindert, nach der § 77 Abs.3 das Mitbestimmungsrecht selbst ausschließt. Deshalb muß sich auch die neuere Zwei-Schranken-Theorie mit den genannten Bedenken auseinandersetzen. Es kann für das Problem, ob Sprüche der Eingangsstelle die Tarifpolitik stören, nicht entscheidend sein, ob sie normativ auf die betroffenen Arbeitsverhältnisse einwirken oder einer Umset-

zung in den Individualvertrag bedürfen.

Bei der Frage, in welcher Weise der Betriebsrat durch ein Verfahren vor der Einigungsstelle eine Einigung über Lohnfragen, etwa eine Erhöhung des Geldfaktors beim Zeitakkord, erzwingen und dadurch möglicherweise in die Tarifzuständigkeit eingreifen kann, sind zwei Fälle zu unterscheiden: Der Betriebsrat ist nach dem Eingangssatz des § 87 Abs.1 zuständig, wenn ein für den Betrieb geltender Tarifvertrag abgelaufen ist (109) und seine Normen nach § 4 Abs.5 TVG nur dann weiter gelten, wenn sie nicht durch eine andere Abmachung, also auch durch eine im Wege des Mitbestimmungsrechts erzwungene Regelung, ersetzt werden. Das Mitbestimmungsrecht besteht ungeachtet einer tariflichen Regelung einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit im Sinne der Eingangsworte des § 87 Abs.1 ferner dann, wenn der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist.

(1) Ist der Arbeitgeber tarifgebunden, so können die Tarifparteien selbst dafür Sorge tragen, daß der Betriebsrat nach Ablauf eines Tarifvertrages die verbandmäßige Lohnpolitik nicht stört. Sie können die betriebliche Einigungsstelle durch eine tarifliche Schlichtungsstelle nach § 76 Abs.8 ersetzen (110). Damit ist ihnen die Möglichkeit eingeräumt, die Entscheidung aller Angelegenheiten der betrieblichen Mitbestimmung an sich zu ziehen. Der Einfluß der Tarifparteien auf die betriebliche Lohnpolitik, die der Betriebsrat insbesondere im Rahmen des § 87 Abs.1 Nr.11 betreiben kann, ist damit in ausreichendem Maße gewährleistet.

Für die Errichtung der tariflichen Schlichtungsstelle durch Tarifverfassungsnorm nach § 3 Abs.2 TVG ist jedoch die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers erforderlich.

(2) Ist der Arbeitgeber nicht tarifgebunden, so scheidet eine Einflußnahme der Tarifparteien auf diesem Wege aus. Die zuständige Gewerkschaft kann jedoch auch in diesem Fall den einzelnen Arbeitgeber, der nach § 2 Abs.1 TVG tariffähig ist, zu einem Firmentarifvertrag zwingen und auf diese Weise die Geltung tariflicher Regelungen herbeiführen. Voraussetzung dafür ist natürlich, daß ihre Vorstellungen für die Belegschaft des jeweiligen Betriebes so attraktiv sind, daß sie bereit ist, das gewerkschaftliche Angebot

an den Arbeitgeber notfalls durch Arbeitskampf zu unterstützen. Auch wenn der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist, gibt es also vom Tarifrecht her die rechtlichen Möglichkeiten, eine Störung der Tarifpolitik durch die betriebliche Mitbestimmung auch ohne § 77 Abs.3 zu verhindern.

Wie bereits bei der grundgesetzlichen Güterabwägung erwähnt (111), beruht im übrigen die Annahme, die betriebliche Mitbestimmung mit ihrer Bindung an die Belange des Betriebes nach § 76 Abs.5 Satz 3 könne die Tarifautonomie stören, auf einer Unterschätzung der Attraktivität des freien Verhandlungsgrundsatzes. Wenn die Betriebsparteien und die betrieblichen Einigungsstellen tatsächlich zum Zensor der Tarifverträge, der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände werden (112), ist mit der Tarifpolitik der Koalitionen etwas nicht in Ordnung. Bisher liegen jedoch keine Anhaltspunkte dafür vor, daß diese Frage nicht im freien Spiel der Kräfte entschieden werden könnte.

Das letzte Problem, mit dem sich in besonderem Maße die Vorrangtheorie auseinandersetzen muß, ist die Frage, ob der Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 nur das Mitbestimmungsrecht oder auch freiwillige Vereinbarungen in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten ausschließt.

3. Freiwillige Vereinbarungen der Betriebsparteien in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten

Regelt ein Tarifvertrag eine mitbestimmungspflichtige Arbeitsbedingung, so wird nach den Einleitungsworten des § 87 Abs.1 das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ausgeschlossen. Angesichts des klaren Wortlauts der Vorschrift erscheint es auf den ersten Blick erstaunlich, daß in Rechtsprechung und Schrifttum die Frage streitig ist, ob der Tarifvertrag nicht nur das Mitbestimmungsrecht, sondern darüber hinaus die Zuständigkeit der Betriebsparteien zu freiwilliger Regelung dieser Angelegenheit unter Beachtung des § 4 Abs.3 TVG beseitigt.

a) Meinungsstand

Nach überwiegender Auffassung im Schrifttum stehen die Eingangsworte des § 87 Abs.1 Satz 1 freiwilligen Regelungen der Betriebs-

parteien, die gegenüber dem Tarifvertrag günstiger sind, nicht entgegen (113). Eine Beeinträchtigung der Zuständigkeit der Betriebsparteien, die über den Wortlaut hinausgeht, wird auch nicht für notwendig gehalten. Da durch die tarifliche Regelung dem Schutzbedürfnis der Belegschaft Genüge getan sei, bestehe kein Anlaß, die Zuständigkeit der Betriebsparteien zu verbessernder Regelung zu beschneiden (114). Der Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 sollte lediglich ausschließen, daß im Wege der Zwangsschlichtung ein Regelungsstreit entschieden werde, der bereits im Tarifvertrag gelöst sei (115).

Nach einer Mindermeinung hat schon unter der Geltung des § 56 BetrVG 1952 ein bestehender Tarifvertrag nicht nur das Mitbestimmungsrecht, sondern die Regelungszuständigkeit an sich beseitigt (116). Man war der Ansicht, daß der im Eingangssatz angeordnete Vorrang des Tarifvertrages gegenstandslos werde, wenn man freiwillige Betriebsvereinbarungen über tariflich geregelte Angelegenheiten zulasse. Der Sinn der Vorschrift würde sich sonst in einer deklaratorischen Bestätigung der Unabdingbarkeitswirkung einer zwingenden Tarifnorm erschöpfen. Auch diese Ansicht wird zum neuen Recht vertreten (117).

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts läßt sich - allerdings bisher nur zum alten Recht - für beide Auffassungen in Anspruch nehmen. In den Entscheidungen vom 23.3. und 6.7.1962 sowie vom 13.11.1964 (118) hatte der 1. Senat den Sinn der Eingangsworte des § 56 Abs.1 BetrVG 1952 darin gesehen, daß sie dem Tarifvertrag den absoluten, unbedingten Vorrang vor der betrieblichen Regelung einräumten. In allen Fällen hatte jedoch die freiwillige Regelung einer mithestimmungspflichtigen Materie nicht in Frage gestanden. Im Beschluß vom 15.5.1964 (119) hat der Senat dann jedoch ausdrücklich erklärt, der Vorrang des Tarifvertrages werde gegenstandslos, wenn § 56 Abs.1 BetrVG 1952 freiwillige Regelungen durch die Betriebsparteien nicht verhindere. Demgegenüber hat nach Auffassung des 3. Senat § 56 Abs.1 BetrVG 1952 lediglich die Erzwingbarkeit, nicht aber die Zulässigkeit einer Betriebsvereinbarung betroffen (120).

b) Wortlaut und Sinn des § 87 Abs.1 Halbsatz 1

Nach seinem Wortlaut beziehen sich die Einleitungsworte des § 87 Abs.1 allein auf das Mitbestimmungsrecht (121). Eine teleologische Erweiterung des Normverständnisses ist ausgeschlossen, wenn man den Tarifvorbehalt mit dem Schutzprinzip begründet. Läßt ein bestehender Tarifvertrag allein die Schutzbedürftigkeit der Belegschaft entfallen (122), ist der Ausschluß der Regelungsbefugnis als solcher nicht begründbar. Nur wenn man den Sinn des § 87 Abs.1 Satz 1 auch in einer Abgrenzung tariflicher und betrieblicher Zuständigkeiten sieht, ist der Weg für ein über den Wortlaut hinausgehendes Normverständnis frei. Ob man freiwillige und erzwingbare Vereinbarungen im Rahmen des § 87 Abs.1 gleich zu behandeln hat, hängt allerdings davon ab, inwieweit § 77 Abs.3 diese Funktion bereits wahrnimmt.

c) Die Bedeutung des Verhältnisses zu § 77 Abs.3

aa) Zwei-Schranken-Theorie

Ist die Zuständigkeit der Betriebsvereinbarungsparteien bei der Realisierung der Mitbestimmungsrechte bereits durch § 77 Abs.3 eingeschränkt, so gilt dessen Sperrwirkung auch für die freiwillige Regelung einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit. Soweit § 77 Abs.3 reicht, sind Regelungen, die einen für den Betrieb geltenden Tarifvertrag verbessern sollen, unzulässig. Für die Vertreter der Zwei-Schranken-Theorie stellt sich somit das Problem lediglich bei den formellen Arbeitsbedingungen (123). In diesem Bereich werden freiwillige betriebsvereinbarungsrechtliche Regelungen ferner nach § 4 Abs.3 TVG ausgeschlossen, wenn man sämtliche formelle Arbeitsbedingungen für günstigkeitsneutral hält (124). Aber auch wenn man dieser Ansicht nicht folgt, bleibt die Zwei-Schranken-Theorie folgerichtig, wenn sie freiwillige Betriebsvereinbarungen über mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten im Bereich der formellen Arbeitsbedingungen zuläßt. Nimmt man diese Angelegenheiten nämlich von der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 mit der Begründung aus, die Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung verbiete den Ausschluß des Günstigkeitsprinzips zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung, so ist kein Grund ersichtlich, gerade im Bereich der besonders wichtigen betriebsorganisatorischen Fragen des § 87 Abs.1

durch teleologische Erweiterung der Eingangsworte der Vorschrift den Ausschluß des Günstigkeitsprinzips zu fordern. Vom Standpunkt der Zwei-Schranken-Theorie kann und darf somit der Tarifvorbehalt des § 87 Abs.1 in den von § 77 Abs.3 freigelassenen Bereich freiwillige Betriebsvereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber nicht verbieten.

Für Regelungsabreden gilt dasselbe, sofern man sie uneingeschränkt an der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 teilnehmen läßt. Ungereimtheiten ergeben sich jedoch, wenn man zwar § 77 Abs.3 das Mitbestimmungsrecht selbst ausschließen läßt, ansonsten aber formlose Betriebsabsprachen vom Anwendungsbereich des § 77 Abs.3 ausnimmt (125).

Vor diesen Schwierigkeiten steht die neuere Zwei-Schranken-Theorie nicht. Sie läßt Regelungsabreden innerhalb und außerhalb des Katalogs des § 87 Abs.1, freiwillige und erzwingbare, von § 77 Abs.3 unberührt. Für freiwillige Betriebsvereinbarungen gilt nichts besonderes. Im Rahmen des gegenständlichen Geltungsbereichs des § 77 Abs.3 schließt ein für den Betrieb geltender Tarifvertrag nach den Einleitungsworten des § 87 Abs.1 das Mitbestimmungsrecht und nach § 77 Abs.3 die Zuständigkeit zu freiwilliger normativer Verbesserung des Tarifvertrages aus.

bb) Vorrang-Theorie

Vom Ergebnis her muß die Vorrang-Theorie zur Unzulässigkeit freiwilliger Betriebsvereinbarungen in allen Angelegenheiten des § 87 Abs.1 kommen. Man kann nicht bei Bestehen einer tariflichen Regelung, die nicht Gegenstände des § 87 Abs.1 betrifft, alle Betriebsvereinbarungen über materielle und formelle Arbeitsbedingungen nach § 77 Abs.3 ausschließen, im Bereich der unter § 87 fallenden Angelegenheiten aber trotz bestehenden Tarifvertrages verbessernde Vereinbarungen zulassen (126). Fraglich ist jedoch, ob man sich zur Begründung auf den Tarifvorbehalt der Eingangsworte des § 87 Abs.1 oder zumindest insoweit auf die Regelungssperre des § 77 Abs.3 beziehen kann. Die Frage stellt sich also unter dem Gesichtspunkt der Reichweite des Vorrangs, des Umfangs der Subsidiarität. Ist es erforderlich, von der Sperrwirkung des § 77 Abs.3

nicht nur die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 auszunehmen, sondern insgesamt die Zuständigkeit zu betriebsvereinbarungsrechtlicher Regelung dieser Angelegenheiten?

Für die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 ist die Beschränkung der Sperrwirkung auf einen bestehenden Tarifvertrag sinnvoll: Die Mitbestimmung soll nur ausgeschlossen werden, wenn die Arbeitnehmer zumindest die Möglichkeit haben, kollektiven Schutz im Tarifvertrag zu finden. Dieses Ziel wird nur erreicht, wenn weder eine nur übliche Tarifregelung noch ein lediglich im Umkreis des Betriebes bestehender Tarifvertrag ohne Tarifgebundenheit des Arbeitgebers die Sperrwirkung auslösen kann. Die gegenüber § 77 Abs.3 engeren Voraussetzungen des § 87 Abs.1 Halbsatz 1 sind jedoch für die Zulässigkeit einer freiwilligen Betriebsvereinbarung in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten nicht erforderlich. Für diese muß dieselbe Sperrwirkung gelten, wie für sonstige Betriebsvereinbarungen: die des § 77 Abs.3.

Sieht man mit der Vorrang-Theorie § 77 Abs.3 als umfassende Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung an, die sämtliche Arbeitsbedingungen umfaßt, so besteht kein Anlaß, den Wortlaut des Einleitungssatzes des § 87 Abs.1 auf die freiwillige Regelung mitbestimmungspflichtiger Angelegenheiten auszudehnen. Denn § 77 Abs.3 übt gegenüber diesen Vereinbarungen exakt dieselbe Sperrwirkung aus, die durch die Erweiterung des § 87 Abs.1 Halbsatz 1 erreicht werden könnte: Das Mitbestimmungsrecht entfällt nämlich nur, wenn ein Tarifvertrag die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit regelt und zumindest der Arbeitgeber tarifgebunden ist. Deshalb kann eine freiwillige Betriebsvereinbarung über eine mitbestimmungspflichtige Arbeitsbedingung weder durch eine übliche noch durch eine lediglich im Umkreis des Betriebes bestehende Tarifregelung ausgeschlossen werden. Nach der Vorrang-Theorie ist es deshalb im Ergebnis richtig, wenn man sagt, der Tarifvertrag, der den Voraussetzungen der Einleitungsworte des § 87 Abs.1 genügt, schließt nicht nur das Mitbestimmungsrecht, sondern auch die Zuständigkeit zur Regelung der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten aus. Dogmatisch handelt es sich dabei jedoch nicht um den Tarifvertrag des § 87 Abs.1, sondern um den des § 77 Abs.3.

V Zwischenergebnis

Von den vier zur Frage des Verhältnisses der §§ 77 Abs.3 und 87 Abs.1 Halbsatz 1 vertretenen Theorien läßt sich keine völlig widerspruchsfrei begründen:

Die ältere Zwei-Schranken-Theorie, nach der § 77 Abs.3 für seinen gegenständlichen Geltungsbereich die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 selbst beseitigt, kann nicht erklären, daß auch das formlos durch Betriebsabsprache ausgeübte Mitbestimmungsrecht entfallen soll, obwohl § 77 Abs.3 nur die Zuständigkeit zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen einschränkt. Sie muß die gegenständliche Sperrwirkung des § 77 Abs.3 auf die materiellen Arbeitsbedingungen beschränken, um den Vorbehalt der Eingangsworte des § 87 Abs.1 nicht funktionslos zu machen. Damit ist sie aber auf die Differenzierung materieller und formeller Angelegenheiten angewiesen, obwohl diese Unterscheidung im Betriebsverfassungsgesetz sonst aufgegeben worden ist. In vielen Fällen, etwa im Rahmen der Mitbestimmung bei der Festsetzung der Geldfaktoren beim Akkord führt diese Auffassung praktisch zum früheren Rechtszustand zurück, im Ergebnis zur Reduzierung der Mitbestimmung auf die formelle Seite der Akkordregelung. Bei den gemischt materiell-formellen Arbeitsbedingungen muß die Sperrwirkung auch auf den formellen Bereich übergreifen, obwohl sich dies aus § 77 Abs.3 selbst nicht rechtfertigen läßt.

Die neuere Zwei-Schranken-Theorie, nach der § 77 Abs.3 zwar im Bereich der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten gilt, aber lediglich die Realisierung der Mitbestimmung durch Betriebsvereinbarung verbietet, läßt sich zwar nach Wortlaut und Gesetzessystematik reibungslos begründen. Sie wird jedoch weder dem Sinn des § 77 Abs.3 noch dem Zweck der Mitbestimmung gerecht. Wenn man die von § 77 Abs.3 nicht gewollte Konkurrenz von Gewerkschaft und Betriebsrat im Bereich der Mitbestimmung bejahen muß, ist es nicht sinnvoll, durch Ausschluß der normativen Gestaltungsbefugnis lediglich die Tätigkeit der Betriebsparteien zu erschweren. Denn die Betriebsvereinbarung ist regelmäßig die sachgerechte Form für die Realisierung der Mitbestimmung. Das gilt besonders dann, wenn eine betriebliche Streitigkeit durch Spruch der Einigungsstelle entschieden wird. Daß diese ein förmliches Verfahren abschließende

Entscheidung nur deshalb den Charakter einer formlosen Regelungsabrede haben und einer Umsetzung auf die arbeitsvertragliche Ebene bedürfen soll, weil die Voraussetzungen des § 77 Abs.3 vorliegen, kann nicht sachgerecht sein. Soweit § 77 Abs.3 nur auf die materiellen Arbeitsbedingungen angewendet wird, kann die Mitbestimmung im Sperrbereich der Norm bei formellen Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung, bei materiellen Arbeitsbedingungen nur formlos durch Betriebsabsprache verwirklicht werden. Auch dieses Ergebnis kann weder aus tariflicher noch betrieblicher Sicht begründet werden.

Nach der Vorrang-Theorie stehen die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 allein unter dem Tarifvorbehalt seines Eingangssatzes. Sie kann sich darauf berufen, daß die Mitbestimmung im Bereich tarifüblicher Regelungen angesichts der auf Betriebsvereinbarungen begrenzten Sperrwirkung des § 77 Abs.3 nicht zu umgehen und ein Ausschluß allein der normativen Gestaltung einer mitbestimmungspflichtigen Arbeitsbedingung nicht sinnvoll ist. Für die Subsidiarität der in § 87 Abs.1 genannten Mitbestimmungsrechte vor der allgemeinen Regel des § 77 Abs.3 spricht positiv das durch die Einräumung von Mitbestimmungsrechten vom Gesetzgeber anerkannte erhöhte Schutzbedürfnis der Belegschaft. In diesen Angelegenheiten soll auf jeden Fall eine kollektive Ordnung bestehen, das Mitbestimmungsrecht also nur entfallen, wenn ein für den Betrieb geltender Tarifvertrag die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit regelt. Daß nur die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 unter einem besonderen Tarifvorbehalt stehen, ist für jede Ansicht problematisch.

Der Vorrang der Einleitungsworte des § 87 Abs.1 gilt allerdings nur für die Ausübung der Mitbestimmungsrechte, nicht für die freiwillige Regelung einer mitbestimmungspflichtigen Materie. Da eine freiwillige Regelung begrifflich aber nur vorliegt, wenn das Mitbestimmungsrecht durch Tarifvertrag entfallen ist, beseitigt der Tarif, der nach § 87 Abs.1 Halbsatz 1 das Mitbestimmungsrecht ausschließt, zugleich nach § 77 Abs.3 die Zuständigkeit, durch freiwillige Betriebsvereinbarung den Tarifvertrag zu verbessern.

H Zusammenfassung

1. Das historisch gewachsene dualistische System von Tarifautonomie und Betriebsverfassung erlaubt die normative Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch zwei verschiedene Kollektivvereinbarungen. Die Mitgestaltung der kollektiven Ordnung durch Tarifvertrag setzt die Mitgliedschaft in einer Koalition voraus und ist damit auf die Differenzierung organisierter und nichtorganisierter Arbeitnehmer ausgerichtet. Dagegen gelangen die Arbeitnehmer in den Schutz der betrieblichen Ordnung allein durch Eintritt in den Betrieb. Der Betriebsrat ist auf koalitionsneutrale Amtsführung verpflichtet. Damit ist die Konkurrenz zwischen Gewerkschaft und Betriebsrat im dualistischen System angelegt.

2. Der Gesetzgeber hat den Bereich möglicher Kompetenzkonflikte zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung nicht dadurch eingengt, daß er die Zuständigkeit der Betriebsparteien zur Regelung der Arbeitsbedingungen auf einen Teilbereich der Zuständigkeit der Tarifparteien nach § 1 Abs.1 TVG, etwa den Bereich der betrieblichen Ordnung, begrenzt hat. Die Betriebsparteien können vielmehr nach § 88 sämtliche Arbeitsbedingungen, materielle und formelle, normativ regeln. Ihre Zuständigkeit deckt sich grundsätzlich mit der Kompetenz der Tarifparteien zur Regelung der Arbeitsbedingungen. Auch im Bereich der Mitbestimmung gibt es abstrakte Abgrenzungskriterien zur Tarifautonomie nicht mehr. Die Beschränkung der Mitbestimmung auf formelle Arbeitsbedingungen, die dem Betriebsverfassungsgesetz von 1952 nach überwiegender Auffassung zugrundelegen hat, ist aufgegeben worden.

3. Die Wahrnehmung der gesetzlich eingeräumten Zuständigkeiten durch die Betriebsparteien ist - mit Ausnahme der Öffnungsklausel des § 77 Abs.3 Satz 2 - nicht an Einwilligung oder Genehmigung der Tarifparteien gebunden. Der Gesetzgeber hat die Zusammenarbeit zwischen Koalitionen und Betriebsparteien aber auch nicht in das freie Ermessen der Beteiligten gestellt. Der Betriebsrat ist vielmehr zum Zusammenwirken mit der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft verpflichtet. Der Gewerkschaft, die bereits bei der Wahl auf die Zusammensetzung des Betriebsrats Einfluß nehmen kann, sind durch Teilnahme- und Beratungsrechte auf allen Ebenen der Be-

triebsverfassung Kompetenzen eingeräumt, ihre tarifpolitischen Vorstellungen in die Willensbildung der Betriebsvertretung einfließen zu lassen. Eine Bindung der Entscheidungsprozesse ist aber nur durch Tarifvertrag möglich.

4. Die Koalitionen können Zuständigkeitskonflikten nicht durch Eingriff in die grundlegenden Strukturen der Betriebsverfassung vorbeugen. Auch die Regelungsvorbehalte der §§ 77 Abs.3 und 87 Abs.1 Halbsatz 1 gestatten ihnen den schlichten Ausschluß von Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten durch Tarifvertrag nicht. Die Tarifparteien dürfen betriebliche Entscheidungen nur an sich ziehen, wenn dies im Gesetz vorgesehen ist. So können sie nach § 76 Abs.8 die betriebliche Einigungsstelle durch eine tarifliche Schlichtungsstelle ersetzen und damit Streitfragen im Mitbestimmungsbereich selbst entscheiden. Darüber hinaus kann ein Tarifvertrag nur durch die Regelung einer Arbeitsbedingung selbst die Zuständigkeit der Betriebsparteien einschränken. § 4 Abs.3 TVG läßt aber eine Verbesserung der Rechtstellung der Arbeitnehmer und damit zwei konkurrierende kollektive Ordnungen zu.

5. § 77 Abs.3 schließt nunmehr die Existenz zweier kollektiver Ordnungen im Betrieb aus. Er beseitigt das Günstigkeitsprinzip und verhindert dadurch eine den Tarifvertrag überlagernde kollektive Ordnung. Seine Sperrwirkung hängt weder von der Tarifbindung des Arbeitgebers noch der der Arbeitnehmer ab. Er verhindert damit eine neben dem Tarif existierende kollektive Ordnung. Er verbietet die Übernahme von Tarifbestandteilen durch Betriebsvereinbarung und verhindert damit eine betriebliche Ausdehnung der tariflichen Ordnung auf die nicht organisierten Arbeitnehmer.

§ 77 Abs.3 nimmt keine gegenständliche Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Tarifvertrag und Betriebsverfassung vor. Seine Sperrwirkung gilt unterschiedslos für sämtliche Arbeitsbedingungen. Eine Privilegierung der materiellen Arbeitsbedingungen läßt sich weder aus tariflicher noch aus betrieblicher Sicht begründen. Vom Tarifrecht her ist die Verhinderung zweier kollektiver Ordnungen auch für die formellen Arbeitsbedingungen geboten, wenn sich die Tarifparteien ihrer Regelung angenommen haben. Die Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung erleidet durch Einbeziehung der formellen Angelegenheiten in den Sperrbereich des § 77 Abs.3 keine größeren Einbußen als bei den materiellen Arbeitsbedingungen.

Aus dem Grundgesetz läßt sich eine Entscheidung dieser Frage nicht ableiten. Alleiniger Normzweck ist zwar die Sicherung der Tarifautonomie vor Konkurrenz durch die Betriebsparteien. Dieser höchst unvollkommen und kaum effektiv durchsetzbare Schutz ist jedoch verfassungsrechtlich nicht geboten.

6. Für die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 gilt der Tarifvorbehalt des § 77 Abs.3 nicht. Die allgemeine Regelungssperre trifft nämlich keine umfassende Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Tarifautonomie und Betriebsverfassung. Sie schränkt allein die betriebliche Normsetzung ein. Einzelvertraglich wirksame Vereinbarungen wie arbeitsvertragliche Einheitsregelung, Gesamtzusage und Betriebsübung bleiben unberührt. Es ist auch nicht sinnvoll, die Sperrwirkung des § 77 Abs.3 auf formlose Betriebsabsprachen zu erstrecken, da eine Regelung der Arbeitsbedingungen auf Grund der Betriebsabsprache nur auf der Arbeitsvertragsebene erfolgt. § 77 Abs.3 kann deshalb auch die Mitbestimmung nicht erreichen, die formlos ausgeübt wird. Ein Ausschluß allein der normativen Realisierung der Mitbestimmung bei gleichzeitiger Anerkennung der Zuständigkeit des Betriebsrats im Bereich tariflicher und tarifüblicher Regelungen ist der Sicherung der Tarifautonomie nicht dienlich und schneidet den Tarifparteien lediglich das regelmäßig sachgerechte Instrument zur Ausübung der Mitbestimmung ab. Deshalb ist mit der Vorrang-Theorie von der Subsidiarität der Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs.1 vor dem Tarifvorbehalt des § 77 Abs.3 auszugehen.

7. Nach den Einleitungsworten des § 87 Abs.1 wird das Mitbestimmungsrecht erst ausgeschlossen, wenn ein Tarifvertrag eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit substantiell regelt und für den Betrieb zumindest durch die Tarifbindung des Arbeitgebers gilt. Auf die Tarifgebundenheit der Arbeitnehmer kommt es nicht an. § 87 Abs.1 Halbsatz 1 dient ebenso wie § 77 Abs.3 dem Schutz der Tarifautonomie. Es ist deshalb nicht erforderlich, daß das Mitbestimmungsrecht erst zurücktritt, wenn sämtliche Belegschaftsmitglieder in den Schutzbereich des Tarifvertrages gelangt sind.

8. Der Tarifvertrag, der nach den Eingangsworten des § 87 Abs.1 Satz 1 die Mitbestimmung ausschließt, beseitigt nach § 77 Abs.3 zugleich die Zuständigkeit zu freiwilliger Verbesserung der Tarifbestimmungen durch Betriebsvereinbarung.

ANMERKUNGEN

A

- (1) Vgl. GewMH 1981, 650 ff. mit den Ergebnissen der Einzelgewerkschaften. Zu den Wahlergebnissen aus gewerkschaftlicher Sicht Wolfgang Schneider GewMH 1981, 645. Zur Wahlentwicklung von 1961 bis 1975 vgl. Treu, Dualistisches System, S. 48 ff. vgl. ferner Niedenhoff, Die Betriebsräte von 1981 bis 1984.
- (2) E. Schmidt in O. Jacobi/Müller-Jentsch/E. Schmidt, Kritisches Jahrbuch 1973, S. 177, 187.
- (3) Blume, Normen und Wirklichkeit einer Betriebsverfassung; Treu, Dualistisches System; vgl. auch Kotthoff, Betriebsräte und betriebliche Herrschaft, S. 112 f., 129 ff., 225 ff.
- (4) Blume, a.a.O., S. 148 f.; Treu, a.a.O., S. 52 ff.
- (5) Zahlen aus O. Jacobi/Müller-Jentsch/E. Schmidt, Kritisches Jahrbuch 1973, S. 269.
- (6) Vgl. zu der Entwicklung betrieblicher Lohnpolitik Teschner in O. Jacobi/Müller-Jentsch/E. Schmidt, Kritisches Jahrbuch 1972, S. 134 ff.
- (7) E. Schmidt in O. Jacobi/Müller-Jentsch/E. Schmidt, Kritisches Jahrbuch 1973, S. 177, 186; Treu, Dualistisches System, S. 53 ff.
- (8) E. Schmidt, a.a.O., S. 186.
- (9) Vgl. Delp/L. Schmidt/Wohlfahrt in O. Jacobi/Müller-Jentsch/E. Schmidt, Kritisches Jahrbuch 1974, S. 161, 166 f.; E. Schmidt, Ordnungsfaktor, S. 110 ff.; ders. in O. Jacobi/Müller-Jentsch/E. Schmidt, Kritisches Jahrbuch 1972, S. 145 ff.; Schacht/Unterseher in Meißner/Unterseher, Verteilungskampf und Stabilitätspolitik, S. 79, 91 ff.
- (10) Vgl. dazu E. Schmidt in O. Jacobi/Müller-Jentsch/E. Schmidt, Kritisches Jahrbuch 1972, S. 145, 153 ff.
- (11) E. Schmidt, in O. Jacobi/Müller-Jentsch/E. Schmidt, Kritisches Jahrbuch 1972, S. 145, 154; ders., Kritisches Jahrbuch 1973, S. 177, 188.
- (12) Vgl. zu den nordamerikanischen und europäischen Rechtssystemen Gamillscheg/Blanc-Jouvan/Davies/Hanau/Runggaldier/Summers, Mitbestimmung der Arbeitnehmer; zum Vergleich der Systeme Gamillscheg, a.a.O. S. 11 ff.; Zander, HBV Gr. 1/S. 9/3.
- (13) §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BetrVG 1972.
- (14) BVerfGE 51, 77, 88 (für Personalratsmitglieder); Dietz-Richardi, § 2 Rn 161; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 75 Rn 14; Galperin-Löwisch, § 75 Rn 20; Kraft, ZfA 1973, 243, 255.

- (15) Thiele, GK, § 77 Rn 80; Säcker, RdA 1967, 370, 371; ders., Gruppenautonomie, S. 295; Nipperdey-Säcker in Hueck-Nipperdey, LB II/2, S. 1395.
- (16) Siebert in Festschrift Nipperdey, 1955, S. 119, 121; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 275.
- (17) Vgl. Bitzer, Mitbestimmungsgespräch 1962, 197; Monjau, BB 1965, 632; Neumann-Duesberg, S. 470; Nikisch III, S. 382; Schelp, DB 1962, 1242, 1247; Wagner, Erfahrungen mit dem Betriebsverfassungsgesetz, S. 87 f.; Wlotzke, RdA 1963, 1, 6; Zöllner, Festschrift Nipperdey, 1965, Bd. II, S. 699, 702.
- (18) Zöllner, a.a.O., S. 702 f.
- (19) Vgl. etwa Dietz-Richardi, § 77 Rn 182 und 5. Auflage, § 77 Rn 178 zum Verhältnis der Tarifvorbehalte der §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1.
- (20) Vgl. dazu Dietz-Richardi, § 77 Rn 49 ff.; Kreutz, Grenzen der Betriebsautonomie, S. 2 ff.; Thiele, GK, § 77 Rn 53 ff.
- (21) Hanau, BB 1971, 485, 486 ff.; Richardi, RdA 1972, 8, 10 ff.; Schacht-Unterseher in Meißner-Unterseher, Verteilungskampf und Stabilitätspolitik, S. 91 ff.
- (22) Vgl. Dietz-Richardi, § 2 Rn 86 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 2 Rn 12 ff.; Galperin-Löwisch, § 2 Rn 73 ff.; Kraft, GK, § 2 Rn 32 ff.
- (23) Literatur und Rechtsprechung sind bis zum 30. April 1983 berücksichtigt worden.

- (1) Zum Koalitionsbegriff vgl. Däubler-Hege, Koalitionsfreiheit, Rn 57; Hueck-Nipperdey, LB II/1, S. 81 ff.; Scholz in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz Art. 9 Rn 193 ff.
- (2) Wiedemann-Stumpf, TVG, Einl. Rn 1.
- (3) Abgedruckt bei Wiedemann-Stumpf, TVG, Geschichte Rn 4.
- (4) Erster und zweiter Vorentwurf zu dem Entwurf des Bundesvorstandes des Gewerkschaftsbundes für die britische Zone (April 1948), Entwurf des Bundesvorstandes vom 26.4.1948 sowie Entwurf eines Tarifvertrags-gesetzes des Gewerkschaftsrates der Vereinigten Zonen vom 7.9.1948 (Ge-werkschaftsratsentwurf), jeweils § 3, abgedruckt bei Wiedemann-Stumpf, TVG, Geschichte Rn 7 ff.
- (5) Abgedruckt bei Wiedemann-Stumpf, TVG, Geschichte Rn 6.
- (6) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 1 Rn 248; vgl. auch Dietz-Richardi, Vorbem. § 1 Rn 1; Galperin-Löwisch, vor § 1 Rn 1; Thiele, GK, Einl. Rn 8.
- (7) Vgl. unter diesem Aspekt die Darstellungen von Däubler, Gewerkschafts-rechte, S. 42 ff.; Koopmann, Gewerkschaftliche Vertrauensleute, S. 134 ff., 274 ff.; E. Schmidt in O. Jacobi/Müller-Jentsch/E. Schmidt, Kritisches Jahrbuch 1973, S. 177 ff.; ferner Auffarth, AR-Blattei D Betriebsverfassung III Allgemeine Einleitung; Burghard, Die Handlungs-möglichkeiten des Betriebsrats, S. 28 ff.; Dybowski-Johannson, Die In-teressenvertretung durch den Betriebsrat, S. 15 ff.; Rudolph, Die Ordnung des Betriebes, S. 68 ff.; Teuteberg, Geschichte der industriellen Mit-bestimmung, S. 490 ff.
- (8) Abgedruckt bei Blanke/Erd/Mückenberger/Stascheit, Kollektives Arbeits-recht, Bd. I, S. 42 f.
- (9) RGBL. 1891, S. 261 ff., abgedruckt bei Blanke u.a., a.a.O., S. 92 f.
- (10) Abgedruckt bei Blanke u.a., a.a.O., S. 114 ff.
- (11) Koopmann, Gewerkschaftliche Vertrauensleute, S. 135 ff.
- (12) Däubler, Gewerkschaftsrechte, S. 42 ff.; Schneider/Kuda, Arbeiterräte, S. 9 ff., 97 ff.; Th. Brauer, Das Betriebsrätegesetz und die Gewerk-schaften, S. 7 ff.; Richardi, Kollektivgewalt, S. 248 f.; Teuteberg, a.a.O., S. 380 ff.
- (13) Grebing, Arbeiterbewegung, S. 99 ff.
- (14) RGBL. I, S. 1333, abgedruckt bei Blanke u.a., a.a.O., S. 161 ff.
- (15) Zahlen nach Hueck-Nipperdey, LB II/1, S. 216; andere Quellen sprechen bereits von 13.500 Tarifverträgen im Jahre 1913, die für 218.000 Be-triebe mit über 2 Millionen Arbeitnehmer gelten sollten (Grebing, Arbeiterbewegung, S. 103).
- (16) Sog. Stinnes-Legien-Abkommen, abgedruckt bei Blanke u.a., a.a.O., S. 181 ff.
- (17) Zu den Beziehungen der Gewerkschaften zu den Arbeiterausschüssen vgl. Teuteberg, a.a.O., S. 490 ff.

- (18) RGBI, I, S. 1456, abgedruckt bei Blanke u. a., a. a. O., S. 191 ff.
- (19) A. Hueck, NZfAR 1923, Sp. 98.
- (20) § 1 Satz 2 TVVO lautet: Abweichende Vereinbarungen sind jedoch wirksam, soweit sie im Tarifvertrage grundsätzlich zugelassen sind, oder soweit sie eine Änderung der Arbeitsbedingungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten und im Tarifvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind.
- (21) Vgl. Korsch, Arbeitsrecht, S. 108 ff.; von Oertzen, Betriebsräte in der Novemberrevolution, S. 89 ff.; Schneider/Kuda, Arbeiterräte, S. 42 ff.
- (22) Däumig und Richard Müller in Schneider/Kuda, Arbeiterräte, S. 97 ff.; von Oertzen, a. a. O., S. 183 ff.; E. Schmidt in O. Jacobi/Müller-Jentsch/E. Schmidt, Kritisches Jahrbuch 1973, S. 177 f.
- (23) Koopmann, S. 261; von Oertzen, S. 247 ff.; Ramm in Festschrift Kahn-Freund, S. 225, 229 ff.; Schneider/Kuda, S. 7 ff., 42 ff.
- (24) Grebing, S. 156; Herschel in Festschrift Kahn-Freund, S. 115, 119; Korsch, S. 96; A. Rosenberg, S. 19 ff.
- (25) RAGE 8, 352, 357; S. 140, 143; Flatow in Kaskel, S. 158; A. Hueck, NZfAR 1926, Sp. 404; Jacobi, Grundlehren S. 358.
- (26) Tarnow in Schneider/Kuda, S. 160, 161.
- (27) Flatow in Kaskel, S. 164; ebenso F. Neumann in Ramm, Arbeitsrecht und Politik, S. 138; Potthoff in Ramm, a. a. O., S. 88.
- (28) E. Fraenkel in Ramm, a. a. O., S. 97.
- (29) E. Fraenkel, a. a. O.
- (30) E. Schmidt in O. Jacobi/Müller-Jentsch/E. Schmidt, Kritisches Jahrbuch 1973, S. 179.
- (31) Zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934 vgl. Dietz-Richardi, Vorbem. § 1 Rn 9.
- (32) Amtsblatt des Kontrollrats 1946 Nr. 6, S. 133.
- (33) Baden: Landesgesetz über die Bildung von Betriebsräten vom 24.9.1948 (GVBl. 1948, S. 209).
 Bayern: Betriebsrätegesetz vom 18.10.1950 (GVBl. S. 227); Entwicklungsgeschichte RdA 1950, 441.
 Bremen: Ausführungsgesetz zu Art. 47 der Landesverfassung Bremen (Betriebsrätegesetz) vom 10.1.1949 (GBI. S. 7)
 Hessen: Betriebsrätegesetz vom 31.5.1948/12.4.1950 (GVBl. 1948, S. 117, 1950, S. 49).
 Rheinland-Pfalz: Landesverordnung über die Errichtung und Tätigkeit von Betriebsräten vom 15.5.1947 (VOBl. S. 258).
 Schleswig-Holstein: Gesetz zur Regelung vordringlicher Angelegenheiten des Betriebsräterechts vom 3.5.1950 (GVBl. S. 169).
 Württemberg-Baden: Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer an der Verwaltung und Gestaltung der Betriebe der Privatwirtschaft (Beteiligungsgesetz) vom 18.8.1948 (RegBl. S. 136).
 Württemberg-Hohenzollern: Betriebsrätegesetz vom 21.5.1949 (RegBl. S. 153).

- (34) § 35 BR Hessen.
- (35) § 17 Abs.1 BeteiligungsG Württemberg-Baden.
- (36) § 49 Abs.1 g BR Bayern.
- (37) RdA 1950,183,227.
- (38) So jedoch der DGB in RdA 1950,183.
- (39) Das wird in der Begründung des Entwurfs eines Tarifvertragsgesetzes des Gewerkschaftsrats der Vereinigten Zonen vom 7.9.1948,abgedruckt bei Wiedemann-Stumpf,TVG,Geschichte Rn 11,deutlich.Dort heißt es unter Nr.16:"Die Gewerkschaften haben kein Interesse,ohne weiteres eine tariflich festgelegte Betriebsverfassung für Unorganisierte gelten zu lassen.In geeigneten Fällen hilft hier die Allgemeinverbindlicherklärung."
- (40) RdA 1950,63,147.
- (41) Regierungsentwurf RdA 1950,343,375;Entwurf der CDU/CSU RdA 1950,224.
- (42) Vgl.dazu den Briefwechsel des DGB-Vorsitzenden Fettes mit Bundeskanzler Adenauer sowie die Erklärung der BDA zu den gewerkschaftlichen Kampfmaßnahmen und die Gegenäußerung des DGB in RdA 1952,215 ff.
- (43) RdA 1952,255 ff.
- (44) Vgl.dazu den Ausschußvorsitzenden Sabel,RdA 1952,281 ff.
- (45) Zu den Auseinandersetzungen um das BetrVG 1952 vgl.die Dokumentation RdA 1950,461;1951,15,98,469;1952,18,59,178,215,254.
Die Gewerkschaften haben sich mit diesem Gesetz auch nie abgefunden, vgl.Brenner,S.121 ff.;Farthmann,Mitbestimmungsgespräch 1964,80,81; DGB,Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer in Deutschland,S.32.
- (46) S.u.D II 2 c,aa.
- (47) § 31 BetrVG 1952.
- (48) E.Schmidt in O.Jacobi/Müller-Jentsch/E.Schmidt,Kritisches Jahrbuch 1973,S.177,185.
- (49) S.u.E I 2.
- (50) S.o.A I Fn 15.
- (51) BAG AP Nr.3 zu § 56 BetrVG Wohlfahrtseinrichtungen;BAGE 12,177,120 und 135,139 f.= AP Nr.1 und 2 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit;Galperin-Siebert,Vorbem.§ 56 Rn 18;Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB II/2,S.1355 f.;Richardi,Kollektivgewalt,S.255 f.;Siebert,RdA 1958,161,162 ff.Kritisch zu dieser Unterscheidung Auffarth,AR-Blattei D Betriebsverfassung XIV,B III 3;Farthmann,BB 1963, 786; ders.,RdA 1966,249;Herschel,AuR 1968,129;ders.,AuR 1969,65; Rütters in Boldt-Rütters,S.15;Säcker,Gruppenautonomie,S.315 Fn 223; Söllner,Einseitige Leistungsbestimmung,S.11 Fn 4.
- (52) Zur Definition vgl.Beower,DB 1970,2319;Wiese,RdA 1968,41.
- (53) BAGE 13,345,354 = AP Nr.3 zu § 56 BetrVG Akkord;BAGE 14,164,171 f.= AP Nr.2 zu § 56 BetrVG Entlohnung,AF Nr.3,4 zu § 56 BetrVG Entlohnung; BAGE 15,136,139 = AP Nr.6 zu § 56 BetrVG Wohlfahrtseinrichtungen.

- (54) BAG AP Nr.1 und 2 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit; AP Nr.1 zu § 615 BGB Kurzarbeit.
- (55) Darauf haben besonders Siebert, RdA 1958, 161, 162 und Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB II/2, S.1355 ff. hingewiesen.
- (56) Vgl. BAG in FN 53.

- (1) Dietz-Richardi, Vorbem. § 74 Rn 23; Dütz, DB 1972, 282, 283; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 1 Rn 42; Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB II/2, S. 1310.
- (2) Fitting-Auffarth-Kaiser, § 1 Rn 42; Hanau-Adomeit, S. 109. Teilweise werden auch Unterrichts-, Anhörungs-, Beratungs- und echte Mitbestimmungsrechte unterschieden, vgl. etwa Kraft, GK, § 1 Rn 34. Vgl. ferner die graphische Darstellung der Beteiligungsrechte von Spie-Piesker, BB 1981, 796.
- (3) Kein Initiativrecht hat der Betriebsrat bei den §§ 94 Abs. 1, 98 Abs. 5, 99 Abs. 4, 103 Abs. 2. Vgl. im übrigen zum Initiativrecht Dietz-Richardi, § 87 Rn 46 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 3 ff.; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 26 ff.; Wiese, GK, § 87 Rn 75 ff.; ders., Initiativrecht, S. 35 f.
- (4) Dietz-Richardi, Vorbem. § 74 Rn 32 f., § 87 Rn 46 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 1 Rn 43; Kraft, GK, § 1 Rn 34; Wiese, GK, § 87 Rn 75 ff.; ders., Initiativrecht, S. 26 ff.
- (5) Vgl. den ReGe BR-Drucks. 715/70, S. 48.
- (6) AuR 1968, 129.
- (7) BAGE 25, 93, 99 = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnung zu den Mitbestimmungsrechten des § 87 Abs. 1 Nr. 8 und 9; AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Provision zu den Tatbeständen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11; AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Auszahlung für den gesamten Bereich der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1.
- (8) Adomeit, BB 1972, 53; ders. in Hanau-Adomeit, S. 111 f.; Brecht, § 87 Anm. 6; Buschmann, DB 1982, 1059; Dietz-Richardi, § 87 Rn 26 ff.; Dütz, DB 1972, 383, 384; Farthmann, RdA 1974, 65, 66; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 9; Föhr, AuR 1975, 353; Frauenkorn, § 87 Anm. 4; Gaul, Einigungsstelle, S. 100 f.; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 3 ff.; Gester-Isenhardt, RdA 1974, 80, 83; Gnade-Kehrman-Schneider, § 87 Anm. 4; Herschel, BABl. 1974, 134 f.; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 20; Kreutz, Betriebsautonomie, S. 216; Moll, Mitbestimmung, S. 183; Moritz, AuR 1983, 97, 98, 107; Rüthers, ZfA 1973, 399, 410; Säcker, ZfA 1972 (Sonderheft) 41, 63; Siebert/Degen/Becker, § 87 Anm. 24; Simitis-Weiss, DB 1973, 1240, 1245; Söllner, Arbeitsrecht, S. 158 f.; Weiss, § 87 Anm. 15; Wester/Schlüpers-Oehmen, S. 42; Wiese, GK, § 87 Rn 16; ders., Initiativrecht, S. 35 ff.
- (9) Bischoff, Einigungsstelle, S. 45 ff.; Blomeyer, Anm. zu LAG Düsseldorf/Köln Eza § 87 BetrVG 1972 Lohn und Arbeitsentgelt Nr. 1; Hanau, RdA 1973, 281, 282 f.; Konzen, BB 1977, 1307, 1311 ff.; Lieb, Arbeitsrecht, S. 140 f.; ders., DB 1981, Beil. 17, S. 3 f.; Löwisch, SAE 1982, 118; ders., ZHR 1975, 362, 371; Obermayer, DB 1971, 1715; Richardi, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen; Rumpff, AuR 1972, 65, 70; Zöllner, Arbeitsrecht, § 47 III 1.
- (10) BR-Drucks. 715/70, S. 49
- (11) BR-Drucks., a. a. O.
- (12) BR-Drucks., a. a. O.
- (13) BR-Drucks. 715/70, S. 48.
- (14) BAGE 12, 117 und 135 = AP Nr. 1 und 2 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit; Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB II/2, S. 1362 f.

- (15) BAGE 27,194,201 = AP Nr.1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; BAG AP Nr.2 bis 4 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; BAG AP Nr.4,5 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; Dietz-Richardi, § 77 Rn 184, § 87 Rn 515; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 54 a; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 248; Hanau, BB 1977, 350, 351 f.; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 199; Moll, Mitbestimmung, S. 136 ff.; Sacker, HBV Gr.1, S. 363; Wiese, GK, § 87 Rn 366.
- (16) Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 59.
- (17) Zur Definition der vergleichbaren leistungsbezogenen Entgelte vgl. BAG AP Nr.2 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; Dietz-Richardi, § 87 Rn 584 f.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 65 ff.; Sacker, HBV Gr.1, S. 367; Wiese, GK, § 87 Rn 366.
- (18) BAGE 13,345,354 = AP Nr.3 zu § 56 BetrVG Akkord; Nipperdey-Sacker bei Hueck-Nipperdey, LB, II/2, S. 1382; Richardi, Kollektivgewalt, S. 255 f.; 272 f. für den Akkordlohn, BAG AP Nr.3 und 4 zu § 56 BetrVG Entlohnung für den Prämienlohn.
- (19) BAGE 13,345,354.
- (20) BAGE 13,345,354; Galperin-Siebert, § 56 Rn 82; Nikisch III, S. 424; Nipperdey-Sacker bei Hueck-Nipperdey, LB, II/2, S. 1382.
- (21) BR-Drucks. 715/70, S. 49.
- (22) BAGE 29,103,110 = AP Nr.1 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; BAGE 32,350,363 = AP Nr.3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; LAG Niedersachsen, EZA § 87 BetrVG 1972 Lohn und Arbeitsentgelt Nr.12; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 62; Gester-Isenhardt, RdA 1974, 80, 85; Hanau, RdA 1973, 281, 282; Jahnke, Anm. zu BAG AR-Blattei Betriebsverfassung XIV B, Entsch. 33; Klinkhammer, AuR 1977, 363, 365 f.; Moll, Mitbestimmung, S. 44 ff.; Rumpff, AuR 1972, 65, 71, 74; Sacker, HBV Gr.1, S. 366; Strieder, BB 1, 80, 420 f.; Weiss, § 87 Rn 33; Wiese, GK, § 87 Rn 384 ff.; ders., Initiativrecht, S. 70 ff.
- (23) Dietz-Richardi, § 87 Rn 591; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 241 f.; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 218; Küchenhoff, § 87 Anm. 20; Lieb, DB 1975, 1748, 1750 f.; ders., SAE 1978, 91; Löwisch, ZHR Bd. 139, 1975, S. 362, 378 f.; ders., Anm. zu BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn Nr.2; ders., SAE 1982, 118 (anders noch ders., DB 1973, 1746, 1747); Richardi, Anm. zu BAG AP Nr.1 zu § 87 BetrVG 1972; ders., ZfA 1976, 1, 25 ff.; Schulze-Osterloh, Anm. zu BAG AP Nr.1 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 363.
- (24) LAG Hamm EZA § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn Nr.1; LAG Düsseldorf, DB 1976, 1438, 1439 und DB 1978, 1182, 1183.
- (25) Richardi, ZfA 1976, 1, 25; Dietz-Richardi, § 87 Rn 596; zust. LAG Düsseldorf DB 1978, 1182, 1183; ähnlich Stege-Weinspach, § 87 Rn 167.
- (26) BAG AP Nr.3 zu § 56 BetrVG Akkord.
- (27) Kritisch dazu auch Moll, Mitbestimmung, S. 47.
- (28) BAGE 29,103,110 = AP Nr.1 zu § 87 BetrVG 1972 Provision. Es ist unzutreffend, wenn der Senat in seiner letzten Entscheidung (EZA § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn Nr.7) feststellt, er habe die Frage bisher offen gelassen, ob die unmittelbare Bestimmung der Lohnhöhe mitbestimmungspflichtig sei. Denn allein diese Frage ist im Rahmen des § 87 Abs.1 Nr.11 von lohnpolitischer Bedeutung. Die lohnpolitische Entscheidung sollte aber der Mitbestimmung eröffnet sein. Wegen der mißverständlichen Formulierung ist diese Entscheidung bereits im Sinne eines Abrückens von der bisherigen Rechtsprechung gedeutet worden (Henking, DB 1982, 279). Der Streit um Inhalt und Umfang der Mitbestimmung bei Provisionsregelungen, insbesondere bei Abschlußprovisionen dürfte damit neu entfacht worden sein (vgl. dazu Henking, a.a.O.; Moritz, AuR 1983, 97 m.w.N.).

- (29) Brecht, § 87 Anm. 31; Hanau, RdA 1973, 281, 282; Moll, Mitbestimmung, S. 44 ff., 52; Wiese, GK, § 87 Rn 385; ders., Initiativrecht, S. 70 ff.
- (30) S.u. G.
- (31) Denn das Initiativrecht des Betriebsrats hängt nicht davon ab, ob sich das Mitbestimmungsrecht auf die materielle Seite der Arbeitsbedingung erstreckt, LAG Düsseldorf, Eza § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 1, S. 6 f.; Hanau, RdA 1973, 281, 286; Dietz-Richardi, § 87 Rn 49; Lieb, ZfA 1978, 179, 184 f.; Richardi, ZfA 1976, 1, 40; Rumpff, AuR 1972, 65, 71; Wiese, GK, § 87 Rn 43.
- (32) Vgl. näher BAG AP Nr. 4-7 zu § 611 BGB Akkordlohn.
- (33) LAG Hamm, Eza § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn Nr. 1.
- (34) BAGE 29, 103, 110 = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; BAGE 32, 350, 362 = AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; Dietz-Richardi, § 87 Rn 500; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 55; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 217; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 205; Wiese, GK, § 87 Rn 340.
- (35) BAG, a.a.O.; Dietz-Richardi, § 87 Rn 509; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 57; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 221; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 207; Wiese, GK, § 87 Rn 347.
- (36) BAG a.a.O.; Arbeitsring Chemie, § 87 Anm. 1 zu Ziff. 10; Brecht, § 87 Anm. 30; Dietz-Richardi, § 87 Rn 496 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 54; Frauenkorn, § 87 Anm. 36; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 226; Hanau, BB 1972, 499; Eautmann-Schmitt, § 87 Anm. II 2 zu Ziff. 10; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 177; Löwisch, DB 1973, 1746, 1747 f.; Richardi, ZfA 1976, 1, 10 ff.; Sacker, HBV Gr. 1, S. 365 f.; Wiese, GK, § 87 Rn 338.
- (37) BAG a.a.O.; LAG Berlin, DB 1980, 2091, 2092; Wiese, GK, § 87 Rn 338.
- (38) Birk, Anm. zu BAG Eza § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 2, S. 23, 27 ff.; Föhr, AuR 1975, 353, 361 f.; Gester-Isenhardt, RdA 1974, 82 ff.; Klinkhammer, AuR 1977, 363, 365 f.; Moll, Mitbestimmung, S. 157 ff., 183 ff.; Rumpff, AuR 1972, 65, 71; Strieder, BB 1980, 420 ff.; gegen die Begründung des BAG auch Dietz-Richardi, § 87 Rn 498.
- (39) BAG AP Nr. 27 zu § 56 BetrVG; AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972; LAG Düsseldorf, Eza § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 1 und 3; LAG Düsseldorf, Eza § 76 BetrVG 1972 Nr. 3; LAG Rheinland-Pfalz, BB 1975, 1996; Bichler, DB 1975, 1939, 1941; Dietz-Richardi, § 87 Rn 501; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 54 b; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 33, 230; Wiese, GK, § 87 Rn 360; a.A. Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 213; Reuter, ZfA 1974, 235, 288 f.; ders., ZfA 1975, 85, 90; ders., Vergütung von AT-Angestellten, S. 47 ff.; Reuter/Streckel, S. 31 f.; Stege-Weinspach, § 87 Rn 21, 178.
- (40) Hanau, BB 1976, 96; ders., BB 1977, 352, 356; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 54 b; Stege-Weinspach, § 87 Rn 178, 189; Wiese, GK, § 87 Rn 360; a.A. BAG Eza § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 1, S. 20.
- (41) BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Entlohnung.
- (42) BAG 27, 194, 201 = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; AP Nr. 2-4 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; AP Nr. 4 und 5 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; Dietz-Richardi, § 87 Rn 515; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 54 a; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 199; Sacker, HBV Gr. 1, S. 363 f.; Wiese, GK, § 87 Rn 325 ff.
- (43) BAG AP Nr. 1-4 zu § 87 BetrVG Altersversorgung; Dietz-Richardi, § 87 Rn 516; Hanau, BB 1976, 91; Wiese, GK, § 87 Rn 334.

- (44) BAG AP Nr.5 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; Dietz-Richardi, § 87 Rn 383 ff., 518; Hanau, AR-Blattei, D, Betriebsverfassung XIV B, Anm. zu Entsch. 40; str., vgl. Wiese, GK, § 87 Rn 337.
- (45) BAGE 25, 93 = AP Nr.1 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnung; AP Nr.3 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnung mit zust. Anm. Dütz; Dietz-Richardi, § 87 Rn 476; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 53; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 211; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 190; Stege-Weinspach, § 87 Rn 155; Weiss, § 87 Rn 29; Wiese, GK, § 87 Rn 314; a.A. Lieb, ZfA 1578, 179, 198.
- (46) BAG AP Nr.1 zu § 87 BetrVG 1972 Auszahlung mit zust. Anm. Wiedemann-Moll; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 3; Moll, Mitbestimmung, S. 183.
- (47) S.o. Fn 36.
- (48) BAGE 14, 164, 170 ff. = AP Nr.2 zu § 56 BetrVG Entlohnung; AP Nr.25 zu § 59 BetrVG; AP Nr.5 zu § 56 BetrVG Entlohnung; str., vgl. bei Dietz-Richardi, § 87 Rn 279 m.w.N.
- (49) BAGE 29, 40 = AP Nr.1 zu § 87 BetrVG 1972 Auszahlung mit zust. Anm. Wiedemann-Moll; Dietz-Richardi, § 87 Rn 281; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 29; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 123; Hanau, RdA 1973, 281, 283; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 93; Konzen, ZfA 1578, 451, 481; Weiss, § 87 Rn 17; a.A. IAG Düsseldorf, EzA § 87 BetrVG 1972 Lohn und Arbeitsentgelt Nr.1; Wiese, GK, § 87 Rn 176.
- (50) Brecht, § 87 Rn 18; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 29; für die Erstattung nur der Wegekosten Galperin-Löwisch, § 87 Rn 123; a.A. Dietz-Richardi, § 87 Rn 283; Stege-Weinspach, § 87 Rn 83.
- (51) Insoweit zustimmend Wiese, GK, § 87 Rn 176.
- (52) BT-Drucks. VI/1786, S. 48.
- (53) Vgl. nur BAGE 12, 117 und 135 = AP Nr.1 und 2 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit; Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB II/2, S. 1362 f.m.w.N.
- (54) BAG AP Nr.1 zu § 87 BetrVG Kurzarbeit = BAGE 26, 60, 66; AP Nr.2 zu § 87 BetrVG Kurzarbeit; Adomeit, BB 1972, 53; Bleistein, Mitbestimmung, Anm. 128; Brecht, § 87 Anm. 17; Buchner, AG 1971, 135, 189, 192; Dietz-Richardi, § 87 Rn 244; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 27; Farthmann, RdA 1974, 65, 69; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 107; Gnade-Kehrmann-Schneider, § 87 Anm. 16; Halberstadt-Zander, Anm. 499; Hanau, BB 1972, 499 f.; Neyses, BlStSozArbR 1977, 181; Schaub, Handbuch, S. 1062; Simitis-Weiss, DB 1973, 1240, 1245; Söllner, Arbeitsrecht, S. 159; Stege-Weinspach, § 87 Rn 73; Wiese, GK, § 87 Rn 153; Zöllner, Arbeitsrecht, § 47 III 1; Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1975, 17, 18.
- (55) BAG AP Nr.2 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit mit zust. Anm. von Wiedemann-Moll; AP Nr.70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit in soweit zust. Anm. von Richardi; IAG Hamm, DB 1974, 2014 f.; Dietz-Richardi, § 87 Anm. 205; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 85; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 62; Stege-Weinspach, § 87 Rn 62; Moll, Mitbestimmung, S. 166 ff.; a.A. Auffarth, AR-Blattei D Betriebsverfassung, XIV B II; Bleistein, § 87 Anm. 392; Deneke-Neumann, AZO, § 5 Anm. 17; Farthmann, RdA 1974, 65, 67; ders. AR-Blattei D Arbeitszeit I C, IV 3c und I D, III 2; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 23 ff.; Föhr, AuR 1975, 353, 359; Hofe, Betriebliche Mitbestimmung, S. 130 f.; Lappe, ArbRGegw. Bd. 16, S. 55, 62 ff.; Schaub, Handbuch, S. 734, 1061.

- (56) So aber Dietz-Richardi, § 87 Rn 208.
- (57) BAG AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.
- (58) Vgl. näher Dietz-Richardi, § 112 Rn 46 ff.; Fabricius, GK, § 112 Rn 41; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 112 Rn 12; Galperin-Löwisch, § 112 Rn 24 ff.; Kammann-Hess-Schlochauer, § 112 Rn 50; Stege-Weinspach, § 112 Rn 8.
- (59) Dietz-Richardi, § 112 Rn 27; Fabricius, GK, § 112 Rn 21; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 112 Rn 11.
- (60) Tarifliche Rationalisierungsschutzabkommen gelten für etwa 9 Millionen Arbeitnehmer. Vgl. dazu den Bericht RdA 1968, 260 und RdA 1972, 299 f.; Däubler, Arbeitsrecht 1, S. 120 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 112 Rn 11 a Hagen, BB 1970, 129.
- (61) Dietz-Richardi, § 91 Rn 25; Fitting-Auffarth-Kaiser § 91 Rn 5; Galperin-Löwisch, § 91 Rn 19; Natzel, DB 1972, Beil. 24, S. 11; Wiese, GK, § 91 Rn 16.
- (62) Dafür, soweit anderer Ausgleich nicht möglich ist: Arbeitsring Chemie, § 91 Anm. 2; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 91 Rn 9; Galperin-Löwisch, § 91 Rn 19; Gnade-Kehrmann-Schneider, § 91; Weiss, § 91 Rn 4; Wiese, GK, § 91 Rn 16; a. A. Dietz-Richardi, § 91 Rn 18; Kammann-Hess-Schlochauer, § 91 Rn 12; Natzel, DB 1972, Beil. 24, S. 11; Stege-Weinspach, § 91 Rn 13.
- (63) RegE, BR-Drucks. 715/70, S. 50.
- (64) Hanau, RdA 1973, 281, 282; Konzen, BB 1977, 1307, 1311 f.; Thiele, GK, § 77 Rn 91; Wiese, GK, § 87 Rn 25; dagegen Kreutz, Betriebsautonomie, S. 215 ff.
- (65) So Hanau zur Begründung, RdA 1973, 281, 282.
- (66) RdA 1973, 281, 282; zust. Dietz-Richardi, § 87 Rn 29; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 29; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 5, 64, 123, 159; Gester-Isenhardt, RdA 1974, 80, 84; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 21, 49, 93, 130; Reuter, RdA 1981, 201, 207; W. Schneider, BlStSozArb 1977, 196, 198; a. A. Wiese, GK, § 87 Rn 24; wohl auch W. Blomeyer, Anm. EzA § 87 BetrVG 1972 Lohn und Arbeitsentgelt Nr. 1; ders. bei Steinmann/Gäfen/Blomeyer, Die Kosten der Mitbestimmung, S. 69, 124 ff.; Klinkhammer, Anm. zu BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Lohn und Arbeitsentgelt Nr. 6, S. 65; Kreutz, Betriebsautonomie, S. 217.
- (67) Kreutz, Betriebsautonomie, S. 217; Wiedemann-Moll, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG Auszahlung.
- (68) BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Auszahlung.
- (69) BAG DB 1983, 453.
- (70) Dietz-Richardi, § 87 Rn 30 f.; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 31; Lieb, DB 1981 Beil. 17; Reuter, ZfA 1981, 165; Schwerdtner, Anm. zu LAG Baden-Württemberg, Beschl. vom 28. 2. 1980, EzA § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 4; Stege-Weinspach, § 87 Rn 21; Wiese, GK, § 87 Rn 80; ders., Initiativrecht, S. 37. Lieb, a. O., S. 3 f., beruft sich ausdrücklich auf den Ausnahmecharakter materieller Mitbestimmungstatbestände.
- (71) Ebenso die Vorinstanz LAG Baden-Württemberg, EzA BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 4; Buschmann, DB 1982, 1059.
- (72) Deshalb kann die Unterscheidung materieller und formeller Arbeitsbedingungen auch nicht als Grundlage für die Einschränkung des Initiativrechts des Betriebsrats gelten, LAG Düsseldorf, EzA § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 1, S. 6 f.; Dietz-Richardi, § 87 Rn 46; Hanau, RdA 1973, 281, 286; Lieb, ZfA 1978, 179, 184 f.; Richardi, ZfA 1976, 1, 40; Rumpff, AuR 1972, 65, 71; a. A. Boewer, DB 1973, 522, 527.
- (73) Zur Rechtsnatur vgl. Dietz-Richardi, § 77 Rn 21 ff.; Kreutz, Betriebsautonomie, S. 51 ff.; Thiele, GK, § 77 Rn 32 ff.

- (74) Dietz-Richardi, § 77 Rn 49; G. Hueck, Betriebsvereinbarung, S. 65 ff.; Kreutz, Betriebsautonomie, S. 206 f.; Nikisch III, S. 276; Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB II/2, S. 1262.
- (75) Arbeitsring Chemie, § 88 Anm. 2; Auffarth, BUV 1972, 237, 239; Galperin-Löwisch, § 88 Rn 2; Gnade-Kehrmann-Schneider, § 88; Hauttmann/Schmitt, § 88; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 88 Rn 2; Kreutz, Betriebsautonomie, S. 208 ff.; Mager-Wisskirchen, Erl. § 88; Säcker, ZfA 1972 (Sonderheft), S. 41, 45; Stege-Weinspach, § 88 Rn 2; Thiele, GK, Rn 56 ff.; Wiese, GK, vor § 87 Rn 3; ebenso zum BetrVG 1952 BAGE 14, 140, 143 f. = AP Nr. 9 zu § 59 BetrVG; BAGE 23, 257, 263 = AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG; Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB II/2, S. 1403; Säcker, Gruppenautonomie, S. 342 ff.
- (76) Dietz-Richardi, § 88 Rn 3; Galperin-Löwisch, § 88 Rn 1; Säcker, ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 45; Wiese, GK, vor § 87 Rn 3, § 88 Rn 9.
- (77) Betriebsautonomie, S. 208 ff.; ebenso Zöllner, Arbeitsrecht, § 47 I 1.
- (78) GK, § 77 Rn 54.
- (79) Betriebsvereinbarung, S. 126 f.; Ähnlich Nikisch III, S. 277.
- (80) Wenn man § 77 Abs. 3 als Rechtsgrundlage für die Normsetzung in materiellen Angelegenheiten ohne Rücksicht auf ihre Zuordnung zu den sozialen Angelegenheiten betrachtet (Zöllner, Arbeitsrecht, S. 358), darf man § 88 als Ermächtigung für Betriebsvereinbarungen in formellen Angelegenheiten ebenfalls nicht auf den Bereich der sozialen Angelegenheiten beschränken, da sonst außerhalb dieses Bereichs zwar materielle, nicht aber formelle Arbeitsbedingungen normativ geregelt werden dürften.
- (81) BAG AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG (Anm. Säcker) = SAE 1972, 132 (Anm. Richardi).
- (82) ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 47 und in 10 Jahre Betriebsverfassungsgesetz 1972, S. 9 f.
- (83) Kritisch insoweit auch Richardi, SAE 1972, 132.
- (84) BAG AP Nr. 2 zu § 184 BGB; AP Nr. 3 zu § 57 BetrVG; LAG Düsseldorf, BB 1970, 666; ArbG Kiel, DB 1181, die sämtlich die Erweiterung des Anhörungs- und Beratungsrechts des Betriebsrats nach § 66 Abs. 1, 2 BetrVG durch Betriebsvereinbarung für zulässig gehalten haben.
- (85) Dietz-Richardi, § 88 Rn 4.
- (86) Vgl. den Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, zu Drucks. VI/2729, S. 6.
- (87) Dietz-Richardi, vor § 87 Rn 2; Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB II/2, S. 1456.
- (88) Dietz-Richardi, § 87 Rn 237; Neyses, BlStSozArbR 1977, 181, 189; Wiese, GK, § 87 Rn 79 ff.; ders., Initiativrecht, S. 44, der dem Betriebsrat deshalb das Initiativrecht versagt.
- (89) BAG BB 1983, 453.
- (90) Vgl. dazu Boewer, DB 1973, 522, 527; Hanau, BB 1977, 350, 356; Neyses, BlStSozArbR 1977, 181; Rüthers, ZfA 1973, 399.
- (91) Boewer, DB 1973, 522; Dietz-Richardi, vor § 87 Rn 6; Galperin-Löwisch, § 88 Rn 1 ff.; Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB II/2, S. 1353 f.; Neumann-Duesberg, S. 453; Nikisch III, S. 348; Richardi, Kollektivgewalt, S. 255; Säcker, 10 Jahre Betriebsverfassungsgesetz 1972, S. 9; Weiss in Maus, Handbuch, X B, § 87 Rn 1.
- (92) Vgl. Fn 75.

- (93) Deshalb haben Rechtsprechung und h.M. den Sinn des § 59 BetrVG auch darin gesehen, den Tarifparteien ein Monopol zur einheitlichen Gestaltung der materiellen Arbeitsbedingungen. Der Streit um diese Angelegenheiten sollte aus den Betrieben herausgehalten werden (s.u. E IV 3).
- (94) BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit.
- (95) BAG AP Nr. 1 zu § 399 BGB.
- (96) Dietz, § 57 Anm. 5.
- (97) E. Jacobi, Grundlehren, S. 309, 345; auch Dommaschk NZfAR 1930, Sp. 369, 371.
- (98) Kollektivgewalt, S. 297, 309 ff., 344 ff.
- (99) Dietz-Richardi, 5. Aufl., § 77 Rn 49 ff.; kritisch dazu zuletzt Kreutz, Betriebsautonomie, S. 209 ff.
- (100) In Dietz-Richardi, § 77 Rn 54, anders aber wohl Rn 89.
- (101) AuR 1966, 129.
- (102) Canaris, a.a.O., 131.
- (103) Dietz-Richardi, § 77 Rn 203 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 57; Thiele, GK, § 77 Rn 96. Allerdings hat das BAG in AP Nr. 23 zu § 59 BetrVG (mit zust. Anm. von G. Hueck) das Kriterium des räumlichen Geltungsbereichs praktisch aufgegeben, als es die Tarifüblichkeit für die Fußball-Toto-Gesellschaft in Niedersachsen anerkannt hat, obwohl lediglich in anderen Ländern der Bundesrepublik die Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag geregelt waren, in Niedersachsen jedoch ein Tarifvertrag noch nie abgeschlossen worden war. Diese Entscheidung ist deshalb auch überwiegend auf Ablehnung gestoßen. (Neumann-Duesberg, SAE 1964, 168; Nikisch III, S. 384 f.; Zöllner in Festschrift Nipperdey, 1965, Bd. II, S. 699, 712; zum neuen Recht Dietz-Richardi § 77 Rn 203).
- (104) S.u.E.
- (105) Hanau, JZ 1969, 642, 643; Sacker, RdA 1969, 291, 294; ders., Gruppenautonomie, S. 344; ders., ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 50; Thiele, GK, Einl. Rn 55;
- (106) Vgl. dazu Dietz-Richardi, § 77 Rn 89 mit Nachweisen über den Streitstand.
- (107) Canaris, AuR 1966, 129.
- (108) Zur Rechtsnatur des Betriebsrats vgl. Dietz-Richardi, § 1 Rn 15 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 1 Rn 32; Galperin-Löwisch, vor § 1 Rn 19; Kraft, GK, § 1 Rn 33.
- (109) BAGE 2, 175, 179 = AP Nr. 1 zu § 23 BetrVG; Dietz-Richardi, § 2 Rn 5; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 2 Rn 11; Galperin-Löwisch, § 2 Rn 4; Germelmann, Betriebsfrieden, S. 51 ff.
- (110) Fitting-Auffarth-Kaiser, § 2 Rn 11; Thiele, GK, Einl. Rn 60.
- (111) Auf dieses Ziel war der Betriebsrat nach § 66 Nr. 1 BRG verpflichtet.
- (112) Ablehnend im Ergebnis auch Dietz-Richardi, § 77 Rn 89, der sich aber zu Unrecht auch darauf beruft, daß formelle Arbeitsbedingungen günstigkeitsneutral seien; vgl. dazu unten D I 1 b.
- (113) Adomeit, Regelungsabrede, S. 70; Dietz-Richardi, § 77 Rn 158 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 68; Kreutz, Betriebsautonomie, S. 42 ff.
- (114) Dietz-Richardi, § 77 Rn 158; Nipperdey-Sacker bei Hueck-Nipperdey, LB, II/2, S. 1301.

- (115) Adomeit, Regelungsabrede; Galperin-Löwisch, § 77 Rn 100; Nikisch III, S. 306; Thiele, GK, § 77 Rn 6.
- (116) Hanau-Adomeit, S. 105; Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 150; ders., BB 1967, 1003; Neumann-Duesberg, S. 408.
- (117) Adomeit, RdA 1963, 265; Dietz-Richardi, § 77 Rn 163; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 69; Galperin-Löwisch, § 77 Rn 103; Thiele, GK, § 77 Rn 22.
- (118) Federlin, HBV, Gr. 1 S. 138.
- (119) Adomeit, Regelungsabrede, S. 70; Dietz-Richardi, § 87 Rn 63.
- (120) BAGE 27, 187, 193 = AP Nr. 1 zu § 77 BetrVG 1972 Auslegung; Dietz-Richardi, § 77 Rn 77 m.w.N. über den Streitstand.
- (121) Z.B. § 7 AZO, § 622 BGB, § 13 BurlG, § 2 LFG.
- (122) Ebenso Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 30 ff.; Thiele, GK, § 77 Rn 55.
- (123) Insbes. von Richardi, Kollektivgewalt, S. 312; Dietz-Richardi, § 77 Rn 50.
- (124) Grundlehren, S. 345.

- (1) Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB II/2, S. 1296.
- (2) BAGE 7, 340 = AP Nr. 1 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip; BAGE 19, 181, 186 = AP Nr. 27 zu § 59 BetrVG; Dietz-Richardi, § 77 Rn 211; Säcker, AR-Blattei Tarifvertrag I C, VIII 1; Thiele, GK, § 77 Rn 59; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 226, 303.
- (3) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 149 ff.
- (4) RegE, BR-Drucks. 715/70, S. 47; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 50.
- (5) S.u.E I 1.
- (6) Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 306, wollte deshalb § 4 Abs. 3 TVG unter betriebsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten auslegen und den Tarifparteien das Recht einräumen, günstigere Betriebsvereinbarungen auszu-schließen.
- (7) Richardi, Kollektivgewalt, S. 401; Säcker, Gruppenautonomie, S. 48 ff.; a.A. Hilger, BB 1958, 417, 419;
- (8) Hueck-Nipperdey, LB, II/1, S. 609; Nikisch II, S. 432; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 237 ff.
- (9) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 239.
- (10) Adomeit, Regelungsabrede, S. 53; Canaris, AuR 1966, 129, 131 ff.; Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB, II/2, S. 1296 Fn 18, S. 1395 Fn 46; Richardi, Kollektivgewalt, S. 384 f.; ders., RdA 1965, 49, 51, 56 f.; ders., Dietz-Richardi, § 77 Rn 104; Säcker, Gruppenautonomie, S. 315 Fn 223, S. 360; ders., AR-Blattei Betriebsvereinbarung I, D II 2 b; ders., ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 55; offen gelassen von Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 287.
- (11) Konzen, BB 1977, 1307, 1310; Wlotzke, S. 154 f.; Thiele, GK, § 77 Rn 63. Auch hier gilt die Feststellung Säckers, Gruppenautonomie, S. 315 Fn 223, daß die starre begriffliche Grenzziehung die Schwierigkeiten einer sachgerechten Lösung der unterschiedlichen Fälle wie im Mitbestimmungsbereich überdeckt.
- (12) Adomeit, Regelungsabrede S. 70; Dietz-Richardi, § 87 Rn 63.
- (13) Adomeit, Regelungsabrede, S. 70, 110; ders., Rechtsquellenfragen, S. 151 f.; ders., BB 1967, 1003, 1007 f.; Dietz-Richardi, § 77 Rn 160; Hanau-Adomeit, S. 105 f.
- (14) Vgl. nur BAGE 12, 117, 122 = AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit, AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG Akkord; Adomeit, Regelungsabrede, S. 66 ff.; ders., Rechtsquellenfragen, 150 ff.; Dietz-Richardi, § 87 Rn 52 ff. m.w.N.; Thiele, GK, § 77 Rn 16 ff.; Wiese, GK, § 87 Rn 45 ff.
- (15) S.u.E IV 4 b, BB.
- (16) Dietz-Richardi, § 2 Rn 71 ff.; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 1 Rn 250.
- (17) Brecht, § 5 Anm. 2; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 3 Rn 1; Sahmer, § 3 Anm. 1; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 1 Rn 252.

- (18) Däubler/Hege, Tarifvertragsrecht, Rn 416 ff., 432; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 1 Rn 252; einschränkend wohl für das Arbeitskampferbot des Betriebsrats Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 389 f.; anders aber ders. bei Däubler/Hege, a.a.O., Rn 433.
- (19) Vgl. Dietz-Richardi, § 2 Rn 134 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 1 Rn 45; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 1 Rn 253; Wiese, GK, § 87 Rn 6 ff.
- (20) Brecht, § 1 Rn 33; Dietz-Richardi, § 2 Rn 134; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 1 Rn 45; Galperin-Löwisch, § 1 Vorbem. Rn 25; Kammann-Hess-Schlochauer, § 1 Vorbem. Rn 69.
- (21) BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit; ArbG Berlin, BB 1973, 291; Böhm, BB 1974, 376; Dietz-Richardi, Vorbem. § 87 Rn 8; § 2 Rn 134; Farthmann, RdA 1974, 65, 70; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 27 b; Hanau, BB 1972, 499, 500; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 15; Preis, DB 1973, 474, 476; Rumpff, AuR 1972, 65, 81; Säcker, ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 67; Simitis-Weiss, DB 1973, 1240, 1247; Thiele, GK, Einl. Rn 111; Wiese, GK, § 87 Rn 5.
- (22) Vgl. Fn 21; s.u. F I 1.
- (23) Galperin-Löwisch, § 87 Rn 52; Löwisch, AuR 1978, 97, 105.
- (24) Dietz-Richardi, § 87 Rn 131; Lieb, ZfA 1978, 179, 210 f.; Wiese, 25 Jahre BAG, S. 661, 676.
- (25) Zu der in der Praxis von Großunternehmen und Konzernen real existierenden "mitbestimmungsrechtlichen Substruktur" vgl. Rancke, insbes. S. 278 ff.
- (26) Vgl. Dietz-Richardi, § 76 Rn 140; Dütz, AuR 1973, 353, 363; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 76 Rn 39; Gnade, AuR 1973, 45; Kammann-Hess-Schlochauer, § 76 Rn 23; Thiele, GK, § 76 Rn 122.
- (27) Als Beispiel für eine tarifliche Schlichtungsstelle vgl. den Tarifvertrag über die Betriebsverfassung im rheinisch-westfälischen Steinkohlenbergbau, gültig ab 1.1.1977, §§ 22 ff. und dazu Boldt, AR-Blattei, D, Bergarbeitsrecht III, Betriebsverfassung III.
- (28) Fitting-Auffarth-Kaiser, § 76 Rn 39; Galperin-Löwisch, § 76 Rn 48; Thiele, GK, § 76 Rn 120.
- (29) Dietz-Richardi, § 76 Rn 143; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 76 Rn 40.
- (30) Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 392.
- (31) Däubler, a.a.O., S. 392 ff.; Koopmann, S. 442 ff.; Treu, S. 38 ff., 94 ff.
- (32) Das ist rechtlich unbedenklich, Dietz-Richardi, § 2 Rn 168; G. Müller, RdA 1976, 46.
- (33) Treu, S. 106.
- (34) Zu dieser Streitfrage vergleiche Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 392 ff.; Däubler/Hege, Tarifvertragsrecht, Rn 520 ff.; Dietz-Richardi, § 2 Rn 168 ff.; Kraft, ZfA 1973, 243.
- (35) Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 397 f.; Rancke, S. 305 ff.
- (36) Dietz-Richardi, § 2 Rn 72; Galperin-Löwisch, § 2 Rn 26; Kraft, GK, § 2 Rn 21.

- (37) Hueck-Nipperdey, LB II/1, S. 574 f.; Wlotzke, S. 24 ff.; a.A. insbes. Richardi, Kollektivgewalt, S. 373 ff.; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 220 ff.
- (38) Dietz-Richardi, § 2 Rn 161; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 75 Rn 14; Galperin-Löwisch, § 75 Rn 20; Kraft, ZfA 1973, 243, 255; Reuter, Festschrift für G. Müller, S. 387, 392 f.; ebenso für Personalratsmitglieder BVerfGE 51, 77, 88; a.A. Gester-Kittner, RdA 1971, 161, 165, die meinen, der Betriebsrat vertrete gewerkschaftliche Interessen.
- (39) Treu, S. 141; vgl. den Fall beim Volkswagenwerk Kassel, dargestellt bei O. Jacobi/Müller-Jentsch/E. Schmidt, Kritisches Jahrbuch 1973, S. 52 ff.
- (40) BVerfGE 19, 303, 312 f., 319 f. (für Personalvertretung); BVerfGE 50, 290, 372; Caspar, S. 100 ff.; Dietz-Richardi, § 2 Rn 83; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 20 Rn 17; Galperin-Löwisch, § 2 Rn 63; Kraft, GK, § 2 Rn 51.
- (41) Zu den Rechten der Gewerkschaften in der Betriebsverfassung vgl. den Überblick bei Besker-Leimert, BlStSozArbR 1972, 37 ff.
- (42) Die Teilnahme- und Beratungsrechte stehen den Gewerkschaften nach §§ 53 Abs. 3, 71 Satz 2, 46 auch bei der Betriebsräteversammlung und der Jugendversammlung zu.
- (43) Dietz-Richardi, § 43 Rn 55; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 43 Rn 31; Fabricius, GK, § 43 Rn 23.
- (44) Dasselbe gilt für Sitzungen des Gesamt- und Konzernbetriebsrats sowie der Jugend- und der Gesamtjugendvertretung, §§ 51 Abs. 1, 59 Abs. 1, 65 Abs. 1 und 73 Abs. 2.
- (45) Dietz-Richardi, § 2 Rn 21; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 2 Rn 8; Galperin-Löwisch, § 2 Rn 36; Kraft, GK, § 2 Rn 16.
- (46) Dietz-Richardi, Vorben. § 42 Rn 3; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 42 Rn 7, § 45 Rn 5.
- (47) Ein selbständiges Antragsrecht steht den Gewerkschaften nicht zu, Dietz-Richardi, § 46 Rn 11.
- (48) Fitting-Auffarth-Kaiser, § 45 Rn 10; Galperin-Löwisch, § 45 Rn 8; Fabricius, GK, § 45 Rn 44 a; einschränkend Dietz-Richardi, § 45 Rn 13; Kammann-Hess-Schlochauer, § 45 Rn 9.
- (49) BAG AP Nr. 2 zu § 45 BetrVG; Dietz-Richardi, § 45 Rn 8 ff.; Fabricius, GK, § 45 Rn 18 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 45 Rn 5.
- (50) Nach Untersuchungen des Instituts der deutschen Wirtschaft Mitte der Siebzigerjahre nahmen Gewerkschaftsvertreter nur in 6,1 % der Betriebe oft an Betriebsratssitzungen teil, in 57,8 % gelegentlich, in 36,1 % nie, an Betriebsversammlungen dagegen in 65,2 % der Betriebe oft, in 22 % gelegentlich und nur in 12,8 % nie, Niedenhoff, Praxis der betrieblichen Mitbestimmung, S. 57 ff., 116 f.
- (51) Beschlüsse der Betriebsversammlung werden mit der Mehrheit der anwesenden Stimmen gefaßt. Zu den Einzelheiten des Beschlußverfahrens vgl. Dietz-Richardi, § 45 Rn 21 ff.
- (52) Buchner, DB 1974, 530; Dietz-Richardi, § 2 Rn 5 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 2 Rn 2 a; Frauenkorn, § 2 Anm. 2; Hauthmann-Schmitt, § 2 II 1 a; Klosterkemper, S. 41; Kraft, GK, § 2 Rn 6; Kreutz, BlStSozArbR 1972, 44, 45; G. Müller in Festschrift Herschel, S. 269, 283 f.; Stege-Weinspach, § 2 Rn 3.

- (53) IAG Hamm AP Nr.1 zu § 2 BetrVG 1972 mit zust.Anm.von Richardi;Brecht, § 2 Anm.15;Buchner,AG 1971,135;ders.,DB 1972,1236;ders.,DB 1974,530; Dietz-Richardi, § 2 Rn 25,73;Galperin,Leitfaden,S.29;Hauttmann-Schmitt, § 2 Anm.2 b;Pohle,S.34;Richardi,RdA 1972,8,12;Steger-Weinspach, § 2 Rn 10, Weiss, § 2 Rn 5;ders. in Maus,Handbuch, § 2 Rn 5.
- (54) ArbG Hamm, DB 1972,342;Caspar,S.55 f.;Fitting-Auffarth-Kaiser, § 2 Rn 5, 10;Frauenkorn, § 2 Rn 2;Galperin-Löwisch, § 2 Rn 26 ff.;Gnade-Kehrmann-Schneider, § 2 Anm.2;Hanau-Adomeit,S.101;Kraft,GK, § 2 Rn 14;Kreutz, BlStSozArbR 1972,42,47;G.Müller in Festschrift Herschel,S.269,283 f.; W.Schneider,HBV,Gr.1,S.108.
- (55) RdA 1970,357.
- (56) Abgedruckt in AuR 1968,80,112,145,176.
- (57) BR-Drucks.715/70,S.3.
- (58) BT-Drucks.V/2234.
- (59) Wiedergegeben in der Synopse zum Betriebsverfassungsgesetz im Vergleich zu den anderen Entwürfen.
- (60) BR-Drucks.715/70,S.35.
- (61) BR-Drucks.715/1/70,S.2.
- (62) BR-Drucks.715/70(Beschluß)Nr.3,S.2.
- (63) BT-zu Drucks.VI/2729,S.11.
- (64) So aber Dietz-Richardi, § 2 Rn 73.
- (65) Nikisch III,S.231.
- (66) BetrVG, § 49 Anm.12.
- (67) Nikisch III,S.231.
- (68) Bei Hueck-Nipperdey, LB,II/2,S.134C.
- (69) BetrVG, § 49 Anm.10 ff.
- (70) BAG AP Nr.2 zu § 45 BetrVG vgl.auch ArbG Kiel,DB 1966,1893.
- (71) Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB,II/2,S.1340 f.
- (72) Galperin-Siebert, § 45 Anm.3, § 56 Anm.13.
- (73) BAG AP Nr.7 zu § 256 ZPO mit zust.Anm.von Tophoven;Nikisch III,S.231.
- (74) Vgl.oben Fn 52;zum alten Recht ebenso BAG AP Nr.3 und 6 zu § 56 BetrVG Wohlfahrtseinrichtung;Bulla,RdA 1965,121,132;Galperin-Siebert, § 49 Anm.3,Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB II/2,S.1336 f.;Säcker, RdA 1965,372,376;ders.,RB 1966,784;Söllner,DB 1968,571 f.
- (75) Auffarth,AR-Blattei D Betriebsverfassung XIV A I;Bulla,a.a.O,S.132; Galperin-Siebert, § 49 Anm.3;Söllner,DB 1968,571,573 ff.;wohl auch G.Müller in Festschrift Herschel,S.269,293 f.
- (76) Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB,II/2,S.1336 f.

- (77) AuR 1972, 365, 366; a.A. Dietz-Richard, § 2 Rn 26; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 2 Rn 10 a; Kraft, GK, § 2 Rn 15; anders aber ders., ZfA 1973, 243, 252, wo er offenbar eine Pflicht zur Unterstützung der Betriebsparteien durch die Gewerkschaften bejaht.
- (78) § 2 Anm. 2.
- (79) Galperin-Löwisch, § 2 Rn 27; Kraft, GK, § 2 Rn 13; zum alten Recht auch BAG AP Nr. 7 zu § 256 ZPO.
- (80) So wohl Hanau-Adomeit, S. 101; Wiese, ArbR Gegenw. 1972, 55, 65.
- (81) Galperin-Löwisch, § 2 Rn 27.
- (82) Däubler, Gewerkschaftsrechte, S. 79 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 2 Rn 14; Galperin-Löwisch, § 2 Rn 27; Kraft, GK, § 2 Rn 14 ff.; ders., ZfA 1973, 243, 253; W. Schneider, HBV, Gr. 1, S. 109.
- (83) So ausdrücklich Däubler, Gewerkschaftsrechte, S. 79 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 2 Rn 18.
- (84) Brecht, § 2 Rn 15; Kraft, GK, § 2 Rn 13.
- (85) Fitting-Auffarth-Kaiser, § 2 Rn 18.
- (86) BAGE 15, 307, 311 = AP Nr. 1 zu § 45 BetrVG; Dietz-Richardi, § 46 Rn 23; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 46 Rn 15.
- (87) BAG, a.a.O.; Dietz-Richardi, § 46 Rn 24.
- (88) Dietz-Richardi, § 23 Rn 81; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 23 Rn 12; Galperin-Löwisch, § 23 Rn 21; Thiele, GK, § 23 Rn 41.
- (89) So aber Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 391.
- (90) So für das Gebot zur Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber: Dietz-Richardi, § 2 Rn 9; Galperin-Löwisch, § 2 Rn 23; Kraft, GK, § 2 Rn 8; zum alten Recht: Dietz, RdA 1969, 1, 3 ff.; Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB, II/2, S. 1336 f.; Säcker, RdA 1965, 372, 376; der., BB 1966, 784.
- (91) Vgl. Fn 75. Das Bundesarbeitsgericht hat im Beschluß vom 15.1.1960 (AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG Wohlfahrtseinrichtungen) den Arbeitgeber verpflichtet, sich in allen Fragen der Mietzinsbildung für Wermietwohnungen mit dem Betriebsrat zu beraten, obwohl es ein Mitbestimmungsrecht nach § 56 Abs. 1 e BetrVG verneint hat (ablehnend Dietz-Richardi, § 2 Rn 11). In AP Nr. 6 zu § 56 BetrVG Wohlfahrtseinrichtungen hat es die Verpflichtung der Betriebsparteien anerkannt, alle gemeinsame Interessen berührenden Fragen miteinander zu beraten. Vgl. ferner zur Rechtsprechung des BAG G. Müller in Festschrift Herschel, S. 269 ff.
- (92) Däubler, Gewerkschaftsrechte, S. 79 ff.; Galperin-Löwisch, § 2 Rn 27; Kraft, GK, § 2 Rn 14 ff.
- (93) Däubler, Gewerkschaftsrechte, S. 79.
- (94) Zu der Frage, wie weit die Tarifvorbehalte der §§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 solche Verhandlungen ausschließen vgl. F VII.
- (95) Galperin-Löwisch, § 2 Rn 29.

- (96) So aber Reuter-Streckel, S. 35.
- (97) Nach dem RegE - BR-Drucks. 715/70, S. 35 - war die Berücksichtigung des Gemeinwohls § 70 Abs. 1 AktG von 1937 nachgebildet. Sie sei bei der Neuregelung des Aktienrechts und deshalb auch im Betriebsverfassungsgesetz entfallen. Zur Bindung an die Grundsätze des Sozialstaats vgl. den Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, zu BT-Drucks. VI/2729, S. 19.

- (1) S.u.II.
- (2) Buchner, AG 1971, 135, 139; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 62; Galperin-Löwisch, § 77 Rn 84; Kammann-Hess-Schlochauer, § 77 Rn 86; Säcker, ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 69; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 294 ff.; a.A. für vortarifliche Betriebsvereinbarungen Thiele, GK, § 77 Rn 62; Weiss, § 77 Rn 14.
- (3) Vgl. den Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-zu Drucks. VI/2729, S. 11.
- (4) Dietz-Richardi, § 77 Rn 220 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 50; Frauenkorn, § 77 Rn 20; Galperin-Löwisch, § 77 Rn 85; Gnade-Kehrman-Schneider, § 77 Anm. 11; Hanau-Adomeit, D II 3; Moll, Tarifvorrang, S. 51 ff.; Säcker, HBV Gr. 1. S. 349, 353; ders., ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 42; ders., 10 Jahre Betriebsverfassungsgesetz 1972, S. 6, Thiele, GK, § 77 Rn 107; Weiss, § 77 Rn 13; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 299.
- (5) Stege-Weinspach, § 77 Rn 21.
- (6) ArbG Siegburg, DB 1978, 1281; Arbeitsring Chemie, § 77 Anm. 3; Buchner, AG 1971, 139; Conze, DB 1978, 490; Hablitzel, DB 1971, 2158, 2163; Hauttmann-Schmitt, S. 131; Kammann-Hess-Schlochauer, § 77 Rn 88; Mager-Wisskirchen, § 77, S. 62 f.; Sahmer, § 77 Anm. 13.
- (7) Vgl. nur BAGE 14, 140, 144 = AP Nr. 9 zu § 59 BetrVG; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 59 Rn 12 a; Neumann-Duesberg, S. 469 f.; Nikisch II, S. 400, III, S. Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB II/2, S. 1395 f.; Wiese, RdA 1968, 41, 44 Fn 35; Zöllner in Festschrift Nipperdey, 1965, Bd. II, S. 699, 719.
- (8) BAG a. a. O.; Nipperdey-Säcker a. a. O.
- (9) Neumann-Duesberg, S. 469 f.; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 59 Rn 12 a.
- (10) Dietz, § 59 Anm. 9; Zöllner in Festschrift Nipperdey, 1965, Bd. II, S. 699, 719.
- (11) Vgl. den Entwurf des DGB zur Novellierung des BetrVG in AuR 1968, 80, 145 und Pinther, AuR 1968, 97, 102.
- (12) Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 281 f.; Herschel, BB 1963, 1220, 1223; Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 85; Richardi, Kollektivgewalt, S. 274 f.
- (13) Richardi, Kollektivgewalt, S. 274 f.
- (14) AuR 1968, S. 145, 146.
- (15) Dietz-Richardi, § 77 Rn 199; Richardi, Kollektivgewalt, S. 274 f.
- (16) Vgl. Iarenz, Methodenlehre, S. 377 ff., 388; Zippelius, S. 73 ff.
- (17) BAG AP Nr. 6 zu § 5 BergmannsVersorgScheinG NRW; Dietz-Richardi, § 76 Rn 71.
- (18) Hilger, 43. DJT, 2. Bd. F, S. 5 ff.; Thiele, GK, § 77 Rn 50.
- (19) Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 448; Fitting-Auffarth-Kaiser § 77 Rn 26; Galperin-Löwisch, § 77 Rn 30.
- (20) Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 54.

- (21) BAG AP Nr.1 zu § 2 ArbGG Betriebsvereinbarung;Brecht,§ 77 Anm.22; Dietz-Richardi,§ 77 Rn 198;Fitting-Auffarth-Kaiser,§ 77 Rn 58; Galperin-Löwisch,§ 77 Rn 81;Kammann-Hess-Schlochauer,§ 77 Rn 76; Löwisch,AuR 1978,97,107;Moll,Tarifvorrang,S.42;Thiele,GK,§ 77 Rn 9C; a.A.Barwasser,FB 1975,2275;geger. Barwasser Beiersmann,DB 1976,53.
- (22) Fitting-Auffarth-Kaiser,§ 77 Rn 54;das übersieht Barwasser,DB 1975, 2275.
- (23) Dietz-Richardi,§ 77 Rn 195,203 ff.;Fitting-Auffarth-Kaiser,§ 77 Rn 55; Galperin-Löwisch,§ 77 Rn 78 ff.;Stege-Weinspach,§ 77 Rn 14;Thiele, GK,§ 77 Rn 89 f.
- (24) IAG Berlin,DB 1978,115,117;DB 1981,1730 f.;Dietz-Richardi,§ 77 Rn 207 n.w.N.
- (25) BAG AP Nr.23 zu § 59 BetrVG mit zust.Anm.von G.Hueck;Dietz-Richardi, § 77 Rn 207;Fitting-Auffarth-Kaiser,§ 77 Rn 57;Stege-Weinspach,§ 77 Rn 13;Thiele,GK,§ 77 Rn 105 f.
- (26) Fitting-Auffarth-Kaiser,§ 77 Rn 56;Galperin-Löwisch,§ 77 Rn 70;Thiele, GK,§ 77 Rn 93.Zur Nachwirkungsproblematik bei § 87 Abs.1 vgl. F VII.
- (27) Dietz-Richardi,§ 77 Rn 208;Fitting-Auffarth-Kaiser,§ 77 Rn 57; Kammann-Hess-Schlochauer,§ 77 Rn 85;Thiele,GK,§ 77 Rn 99.
- (28) S.o.C I 2 c.
- (29) Dietz-Richardi,§ 77 Rn 184;Fitting-Auffarth-Kaiser,§ 77 Rn 51; Kammann-Hess-Schlochauer,§ 77 Rn 72;Moll,Tarifvorrang,S.44 f.
- (30) IAG Berlin Eza § 87 BetrVG 1972 Nr.6 = DB 1978,115,116;Arbeitsring Chemie,§ 77 Anm.3;Barwasser,DB 1975,2275;Boewer,DB 1973,522,526; Bobrowski-Gaul,Bd.II,S.607;Bohn-Dutti,§ 77 Anm.9;Dietz-Richardi, § 77 Rn 185 ff.;Ferderlin,HBV,Gr.1,S.133;Galperin-Löwisch,§ 77 Rn 75; Gaul,Einigungsstelle,S.71 ff.;Halberstadt,Mitwirkung und Mitbestimmung, § 77 Rn 3;Hanau,RdA 1973,281,283 f.;ders.,BB 1977,350;Hanau-Adomeit, E II 3,S.106;Hauttmann-Schmitt,§ 77 Anm.II 3 e;Kammann-Hess-Schlochauer,§ 77 Rn 72;Kirchner,BB 1972,1279 ff.;Konzen,BB 1977,1307,1311 f.; Kraft,ZfA 1973,243,251;Lieb,ZfA 1978,179,211;Löwisch,DB 1973,1746,1748; ders.AuR 1978,97,107;Mager-Wisskirchen,Erl.zu § 77;Pohle,S.82;Reuter, Vergütung von AT-Angestellten S.28;Schaub,S.1163;von Stebut,RdA 1974, 332,339;Stege-Weinspach,§ 77 Rn 19;Thiele,GK,§ 77 Rn 88 ff.;Wester/ Schlüpers-Oehmen,S.37;Wiedemann-Stumpf,TVG,§ 4 Rn 293;Zöllner,Arbeitsrecht,S.353;Bohn-Schlicht,§ 77 Anm.12.
- (31) Vgl.nur BAG AP Nr.1 zu § 2 ArbGG Betriebsvereinbarung;AP Nr.25 zu § 56 BetrVG;AP Nr. 25 und 26 zu § 59 BetrVG;Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey,IB,II/2,S.1397;Wiese,RdA 1968,41.
- (32) Hanau,RdA 1973,281,284;Konzen BB 1977,1307,1311.
- (33) Dietz-Richardi,§ 77 Rn 186;Galperin-Löwisch,§ 77 Rn 75;Kammann-Hess-Schlochauer,§ 77 Rn 72;Thiele,GK,§ 77 Rn 84;Wiedemann-Stumpf,TVG,§ 4 Rn 293.Zum alten Recht:BAG AP Nr.1 zu § 2 ArbGG Betriebsvereinbarung; AP Nr.25 und 26 zu § 59 BetrVG.

- (34) Galperin-Löwisch, § 77 Rn 75; Thiele, GK, § 77 Rn 90; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 293; vgl. auch Nikisch II, S. 400, III, S. 385.
- (35) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 293.
- (36) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 293.
- (37) Neumann-Duesberg, S. 469.
- (38) Thiele, GK, § 77 Rn 90; vgl. auch Dietz, RdA 1955, 241, 243 f.
- (39) Hilger, BB 1969, 450 f.; Richardi, SAE 1969, 184; Wiese, RdA 1968, 41 ff.
- (40) G. Hueck, Anm. zu BAG AP Nr. 25 und 26 zu § 59 BetrVG; Siebert, RdA 1958, 161 f.
- (41) S. u. G.
- (42) S. o. C. I.
- (43) Adomeit, BB 1972, 53, 54; Farthmann, RdA 1974, 65, 71 f.; Frauenkorn, § 77 Anm. 22; Galperin, Leitfaden, S. 104 Fn 12; Gnade-Kehrmann-Schneider, § 77 Rn 3; Herschel, BABl. 1974, 134 f.; Küchenhoff, § 77 Anm. 10; Kreutz, Betriebsautonomie, S. 211 ff.; Moll, Tarifvorrang, S. 45 ff.; Rumpff, AuR 1972, 65, 66; Sacker, ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 66; Simitis-Weiss, DB 1973, 1240, 1247; Vollmer, DB 1979, 308, 309; Weiss, § 77 Rn 11, § 87 Rn 11. Vgl. zum alten Recht Fitting, BetrVerf 1956, 210, 213; Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 285; Herschel, AuR 1964, 257 Fn 3; Höcker, RdA 1956, 17, 18; Küchenhoff, BetrVG, 1954, § 59 Anm. 2.
- (44) S. u. G I 1.
- (45) So besonders Farthmann, RdA 1974, 65, 72; Sacker, ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 66.
- (46) Nikisch I, S. 252.
- (47) Nikisch I, S. 252.
- (48) Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 285; von Münch, BK, Art. 9 Rn 122.
- (49) von Münch, BK, Art. 9 Rn 122.
- (50) BAG AP Nr. 1 zu § 57 BetrVG.
- (51) BT-zu Drucks. VI/2729, S. 30.
- (52) Dietz, RdA 1955, 241, 243 f.
- (53) Dietz-Richardi, § 77 Rn 186; Galperin-Löwisch, § 77 Rn 75; Kammann-Hess-Schlochauer, § 77 Rn 72; Stege-Weinspach, § 77 Rn 19; Thiele, GK, § 77 Rn 84; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 293.
- (54) RdA 1955, 241, 253 f. in Fn 27.
- (55) Vgl. nur Palandt-Thomas, BGB, § 823 Anm. 6 m. w. N.
- (56) Kreutz, Betriebsautonomie, S. 211; Moll, Tarifvorrang, S. 45; insoweit auch zust. Dietz-Richardi, § 77 Rn 186.
- (57) Vgl. nur Palandt-Thomas, BGB, § 823 Anm. 6 m. w. N.
- (58) Galperin-Siebert, vor § 56 Anm. 18; Siebert, RdA 1958, 161.
- (59) RdA 1968, 450; Nipperdey-Sacker bei Hueck-Nipperdey, LB, II/2, S. 1358 f.

- (60) NZfAR 1923, Sp. 87, 91.
- (61) Hueck-Nipperdey, LB, II/1, S. 103 mit Fn 42.
- (62) Dagegen Jacobi, Grundlehren, S. 183 f.
- (63) Hueck-Nipperdey, LB, II, 1./2. Aufl., S. 345.
- (64) A. Hueck, NZfAR 1923, Sp. 87, 91 f.
- (65) Hueck-Nipperdey, LB, II, 1./2. Aufl., S. 320 Fn 37, S. 334 Fn 29; Jacobi, Grundlehren, S. 338. Nach Dersch, BRG, § 87 3 a I, zählten zu den Angelegenheiten des § 78 Nr. 2 BRG auch die Regelung der Personalakten, der Kleiderablagen und die Benutzung betrieblicher Bibliotheken.
- (66) Hueck-Nipperdey, LB, II, 1./2. Aufl., S. 67.
- (67) Zum BRG 1920 vgl. näher Kreutz, Betriebsautonomie, S. 217 f.
- (68) So etwa für die bargeldlose Lohnzahlung BAG AP Nr. 25 zu § 59 BetrVG.
- (69) Lediglich Schuldts. (S. 17, 31, 85) hat materielle und formelle Arbeitsbedingungen unterschieden, unter den formellen aber nur diejenigen Arbeitsbedingungen verstanden, die Gegenstand der obligatorischen Arbeitsordnung waren; ablehnend deshalb Jacobi, Grundlehren, S. 338.
- (70) Die frühen Entscheidungen des BAG zur Auslegung der §§ 56 Abs. 1, 59 BetrVG sind übrigens noch neutral formuliert, vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 59 BetrVG, AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Akkord.
- (71) S. o. C I.
- (72) Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 51; ebenso Bleistein, § 77 Anm. 306; Brecht, § 77 Rn 24; Sahmer, § 77 Anm. 12; zum alten Recht Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 59 Rn 3.
- (73) Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 53; insoweit zust. Dietz-Richardi, § 77 Rn 189.
- (74) Vom 1.7.1980 bis zum 30.6.1981 sind für etwa 11 630 000 Beschäftigte in der Gesamtwirtschaft Tarifverträge geschlossen worden, die im wesentlichen die Erhöhung von Löhnen und Gehältern einschließlich der Schicht- und Nachtarbeitszuschläge, die Verlängerung des Urlaubs und die Vereinbarung von Urlaubsgeld zum Gegenstand hatten. Vgl. O. Jacobi/Müller-Jentsch/E. Schmidt, Kritisches Jahrbuch 1981/82, S.
- (75) Galperin-Löwisch, § 77 Rn 76.
- (76) Dietz, RdA 1955, 241, 243 f.; Thiele, GK, § 77 Rn 84.
- (77) Fauth, BB 1962, 374, 378; Neumann-Duesberg, S. 469; Nikisch III, S. 385; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 293.
- (78) Fauth, BB 1962, 374, 378.
- (79) AP Nr. 25 zu § 59 BetrVG.
- (80) Z.B. bei Fragen der betrieblichen Ordnung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und der Lage der täglichen Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 als besonders typische Bedingungen, die den organisatorischen Ablauf der Arbeitsleistung betreffen.
- (81) S. u. F I 2.
- (82) Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 282; Fitting, BetrVerf 1956, 210, 213; Herschel, AuR 1964, 257 Fn 3; Höcker, RdA 1956, 17, 18.

- (83) Dietz-Richardi, § 77 Rn 185.
- (84) RdA 1967, 370.
- (85) Arbeitsrecht, S. 84.
- (86) BetrVerf 1955, Heft 3, S. 4; ähnlich ders., DB 1955, 410, 411.
- (87) Dissertation, S. 215.
- (88) S.o.A zu Fn 15.
- (89) Festschrift Nipperdey, 1965, Bd. II, S. 699, 702.
- (90) DB 1971, 215 f., 2163.
- (91) Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 282; Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 85; Thiele, GK, § 77 Rn 86, 88; Wiese, RdA 1968, 41, 43.
- (92) Dietz-Richardi, § 77 Rn 177; Moll, Tarifvorrang, S. 37 ff.; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 275 f.
- (93) BAG 32, 350, 361 = AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; AP Nr. 13 zu § 118 BetrVG 1972; LAG Berlin, DB 1978, 115, 116; Dietz-Richardi, § 77 Rn 176; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 50; Thiele, GK, § 77 Rn 86; Richardi, Betriebsverfassung und Privatautonomie, S. 16 ff.
- (94) Thiele, GK, § 77 Rn 88, der andererseits aber den Vorrang gegenüber der Mitbestimmung für verfassungsrechtlich geboten hält.
- (95) BR-Drucks. 715/70, S. 47.
- (96) Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 50; Moll, Mitbestimmung, S. 47.
- (97) S.o. I 1 a.
- (98) So besonders die Rechtsprechung, vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG Betriebsvereinbarung; AP Nr. 9 und 26 zu § 59 BetrVG; AP Nr. 8 zu § 626 BGB Druckkündigung; ebenso Dietz, § 59 Anm. 1; Galperin-Siebert, § 59 Anm. 3.
- (99) Bickler, BB 1979, 1939, 1940; Bohn-Schlicht, § 77 Anm. 12; Galperin-Löwisch, § 77 Rn 73; Kammann-Hess-Schlochauer, § 77 Rn 70 f.
- (100) S.o. C I.
- (101) Dietz-Richardi, § 77 Rn 177; Hablitzel, DB 1971, 2158; Moll, Tarifvorrang, S. 37 ff.; Sacker, ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 64; zum alten Recht ebenso Sacker, RdA 1967, 370, 371 f.; Zöllner in Festschrift Nipperdey, 1965, Bd. II, S. 699, 703.
- (102) Badura-Rüttner-Rüthers, S. 137; Däubler-Hege, Tarifvertragsrecht, Rn 24; Hueck-Nipperdey, LB, II/1, S. 135; G. Müller, DB 1975, 205, 207; Wiedemann-Stumpf, TVG, Einleitung Rn 5 f.; kritisch dazu Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 77 ff.; Hensche, RdA 1971, 9, 13 ff.
- (103) Die großen Tarifverträge enthalten häufig ein "branchenspezifisches Arbeitsgesetzbuch" (Wiedemann-Stumpf, TVG, Einl. Rn 6).
- (104) BAG AP Nr. 1 und 9 zu § 59 BetrVG; AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG Betriebsvereinbarung; vgl. auch Neumann-Duesberg, S. 46; Mikisch III, S. 362; Wlotzke, S. 12; ablehnend Richardi, Tarifautonomie, S. 323 ff.; Sacker, RdA 1967, 370, 371; Zöllner in Festschrift Nipperdey, 1965, Bd. II, S. 699, 701 f.

- (105) IAG Berlin, DB 1978, S. 115, 116; Barwasser, DB 1975, 2275; Galperin-Löwisch, § 77 Rn 73; Kammann-Hess-Schlochauer, § 77 Rn 70; kritisch dazu Dietz-Richard, § 77 Rn 177; Hablitzel, BB 1971, 2158; Moll, Tarifvorrang, S. 37 ff.; Sacker, ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 64.
- (106) Moll, Tarifvorrang, S. 37 ff.; Sacker, RdA 1967, 370, 371; ders., ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 64.
- (107) Isele, JZ 1964, 113, 118 f.
- (108) So konsequent Kammann-Hess-Schlochauer, § 77 Rn 70, 79.
- (109) Dietz-Richard, § 77 Rn 191; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 55; Moll, Tarifvorrang, S. 40; Thiele, GK, § 77 Rn 101; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 294.
- (110) S.o. C I 2.
- (111) Zum Einfluß der "Konzertierten Aktion" auf die Tarifautonomie vgl. Biedenkopf, BB 1968, 1005, 1008; E. Schmidt, Ordnungsfaktor, S. 69 ff.
- (112) BAGE 14, 140, 144 = AP Nr. 9 zu § 59 BetrVG; s.o. I 2.
- (113) Tarifautonomie, S. 281 ff.; ders., 46. DJT, Bd. 1/1, S. 112 f., 164 ff.; ebenso Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 85; Wiese, RdA 1968, 41, 42 ff.; Zöllner in Festschrift Nipperdey, 1965, Bd. II, S. 699, 701 ff.
- (114) Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 178 ff.
- (115) Grundprobleme, S. 48, 55; ders., Gruppenautonomie, S. 253 ff., 261.
- (116) Nipperdey-Sacker bei Hueck-Nipperdey, LB, II/2, S. 1395 f.; Sacker, RdA 1967, 370, 371; ders., SAE 1968, 16, 18; Zöllner in Festschrift Nipperdey, 1965, Bd. II, S. 699, 703 f., 719.
- (117) Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 281 ff.; Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 85; Wiese, RdA 1968, 41, 42 ff.
- (118) Kollektivgewalt, S. 324 f.; ders., Betriebsverfassung und Privatautonomie, S. 17 f.; ders. bei Dietz-Richard, § 77 Rn 177. Ebenso haben sich für den Normzweck Sicherung der Tarifautonomie ausgesprochen Galperin-Löwisch, § 77 Rn 83 b (vgl. aber auch Rn 73); Hanau, BB 1977, 350; Moll, Tarifvorrang, S. 37; Reuter, Vergütung von AT-Angestellten, S. 26 ff.; Thiele, GK, § 77 Rn 86.
- (119) BAG AP Nr. 23 und 26 zu § 59 BetrVG; DB 1967, 821.
- (120) AP Nr. 26 zu § 59 BetrVG.
- (121) BAGE 32, 350, 361 = AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; AP Nr. 13 zu § 118 BetrVG 1972.
- (122) BAG AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972; Dietz-Richard, § 77 Rn 225; Galperin-Löwisch, § 77 Rn 89; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 67; Thiele, GK, § 77 Rn 130; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 294.
- (123) S.o. D II 2 c, bb und dort Fn 91.
- (124) Adomeit, BB 1972, 53; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 61, § 87 Rn 15; Kirchner, BB 1972, 1279, 1282; Kreutz, Betriebsautonomie, S. 221; Rücherhoff, § 77 Anm. 15; Maier-Wisskirchen, Erl. § 77; Moll, Tarifvorrang, S. 55; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 295; Wiese, Initiativrecht, S. 33; ders., 25 Jahre BAG, S. 661, 664 f.

- (125) Bichler, DB 1979, 1939, 1940 f.; Dietz-Richardi, § 77 Rn 223 f.; Frauenkorn, § 87 Anm. 10; Hanau, RdA 1973, 281, 285; Galperin-Löwisch, § 77 Rn 91; Thiele, GK, § 77 Rn 131.
- (126) Hanau, RdA 1973, 281, 285.
- (127) Dietz-Richardi, § 77 Rn 224.
- (128) BAG AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972; AP Nr. 1 zu § 59 BetrVG; Dietz-Richardi, § 77 Rn 235; Kammann-Hess-Schlochauer, § 77 Rn 91; Säcker, 10 Jahre Betriebsverfassungsgesetz 1972, S. 8; Thiele, GK, § 77 Rn 111.
- (129) Dietz-Richardi, § 77 Rn 226, 236; Säcker, 10 Jahre Betriebsverfassungsgesetz 1972, S. 8. In anderen Fällen wird der Inhalt einer nichtigen Betriebsvereinbarung nicht zum Inhalt der Arbeitsverträge, so aber Pohle, S. 83.
- (130) BAG AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG Betriebsvereinbarung; AF Nr. 3 zu § 80 ArbGG; AP Nr. 8, 25, 26, 28 zu § 59 BetrVG; Thiele, GK, § 78 Rn 233.
- (131) Bichler, DB 1979, 1939, 1940; Galperin-Löwisch, § 77 Rn 91.
- (132) BVerfGE 4, 96, 101; 18, 18, 192; 19, 303, 312 f.; 28, 295, 304; 44, 312, 340, 342; 50, 290, 297 f.; 51, 77, 88; 55, 7, 21; 58, 233, 246 ff.; BAG AP Nr. 13 zu Art. 9 GG; Säcker, Grundprobleme, S. 39 ff.; Scholz in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 9 Rn 239 ff.; von Münch, BK, Art. 9 Rn 141 ff.; Wiedemann-Stumpf, TVG, Einl. Rn 28 ff.
- (133) Vgl. die in Fn 132 Genannten.
- (134) BVerfGE 20, 312, 317; 34, 307, 316 f.; 38, 281, 306; 44, 322, 340.
- (135) S. u. 4 a.
- (136) Hesse, Grundzüge Rn 72.
- (137) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 1 Rn 248.
- (138) BVerfGE 10, 102, 361; 15, 239; 20, 317 ff., 319; NJW 1979, 699, 705 f.; Hesse, Grundzüge Rn 410; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 198; von Mangoldt-Klein, Art. 9, Anm. III 8; von Münch, BK, Art. 9 Rn 33; Scholz in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 9 Rn 37, 66.
- (139) BVerfGE 12, 45, 50; 14, 105, 111; NJW 1970, 1729, 1730; Ehmke, VVDStRL 20, 53, 89 ff; Kübler/Schmidt/Simitis, S. 44; Bayer, Die Bundestreue, S. 60 ff.; von Pestalozza, Der Staat 1963, 425; ders., Der Staat 1972, 161 ff.; Scheuner, VVDStRL 11, 1, 23 mit Fn 55; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 7 f.
- (140) BVerfGE 12, 45, 50; von Pestalozza, Der Staat 1972, 161, 181.
- (141) Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 7; zust. Kübler/Schmidt/Simitis, S. 44.
- (142) S. u. B.
- (143) S. u. 3 a.
- (144) S. o. B III 1.
- (145) BVerfGE 14, 105, 111; Scholz, Koalitionsfreiheit S. 7 f.
- (146) BVerfGE 4, 96, 102; 19, 303, 319.
- (147) Herzog in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 20, VIII Rn 1 ff.; Hesse, Grundzüge, Rn 207 ff.; Hueck-Nipperdey, LB, II/1, S. 41 ff.; Söllner, S. 40 ff.

- (148) Dietz-Richardi, § 1 Vorbem, Fn 22; Ramm, Arbeitskampf, S. 140 ff.; Ridder, Gewerkschaften, S. 10; Sacker, Grundprobleme, S. 37 Fn 61; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 183 Fn 20.
- (149) von Mangoldt-Klein, Art. 20 VII 2 a, b.
- (150) Menger, Der Begriff des sozialen Staates, S. 31.
- (151) Forsthoff, VVDStRL 12, 6, 25 ff.
- (152) BVerfGE 1, 97, 105; 8, 274, 329; 14, 263, 275; 50, 108; Herzog in Maunz-Lüdig-Herzog, Art. 20 VIII An 6; von Münch, BK, Art. 20 Fn 16.
- (153) Eitz, JuS 1972, 685, 688; Huber, Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung, S. 34 ff.; Nikisch I, S. 37; Hueck-Nipperdey, LB, II/1, S. 45 f.; Rütters, Streik und Verfassung, S. 67.
- (154) Fechner, RdA 1955, 161.
- (155) Huber, Rechtsstaat, S. 610 f.; Lerche, Übermaß, S. 231; W. Weber, Der Staat 1965, S. 416, kritisch dazu Isensee, Der Staat 1980, 367, 375 f.
- (156) Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S. 197 f.; Ridder, Gewerkschaften, S. 10.
- (157) Tarifaautonomie, S. 294.
- (158) ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 45.
- (159) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 1 Fn 254.
- (160) S. Fn 148.
- (161) Fechner, RdA 1955, 161, 167; Huber, Grundgesetz, S. 36, 79.
- (162) Eitz, JuS 1972, 685, 687 f.
- (163) Biedenkopf, Tarifaautonomie, S. 201.
- (164) S. o. B.
- (165) Anschütz, Art. 165 Anm. 3; Poetzsch-Heffter, Art. 165 Anm. 2.
- (166) S. o. B II.
- (167) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 1 Fn 254.
- (168) BVerwGE 23, 304, 306; 39, 329, 338; Hamann-Ienz, S. 84; Lerche, Übermaß, S. 200 f.; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 167 ff.; ders. in Maunz-Lüdig-Herzog-Scholz, Art. 9 Fn 17; a. A. etwa Lüdig in Maunz-Lüdig-Herzog-Scholz, Art. 1 Abs. 1 Rn 54, Art. 2 Abs. 2 Rn 52; Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 741, 885.
- (169) BVerwGE 23, 304, 306.
- (170) S. o. C.
- (171) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 1 Fn 254.
- (172) Das gilt uneingeschränkt jedenfalls dann, wenn man das Mitbestimmungsrecht nicht selbst zur Disposition der Tarifparteien stellt, sondern ihnen eine Sachentscheidung abverlangt, um die Mitbestimmung auszu-schließen, s. o. D I 3 a, unten F I 1.
- (173) Boewer, DB 1973, 522, 525 f.; vgl. auch Kraft, ZfA 1973, 243, 251.

- (174) Vgl. bei Wiedemann-Stumpf, TVG, Einl. Rn 72.
- (175) Richardi, Kollektivgewalt, S. 268, 325.
- (176) Dietz-Richardi, § 1 Rn 38; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 1 Rn 48; Galperin-Löwisch, vor § 1 Rn 18 ff.; Nikisch III, S. 275; Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB, II/2, S. 1095 ff.; für den Tarifvertrag vgl. Wiedemann-Stumpf, TVG, § 1 Rn 15.
- (177) S.o. C II 1.
- (178) A. Hueck, BB 1952, 925; Nikisch I, S. 254, II, S. 227; Siebert in Festschrift Nipperdey, 1955, S. 119, 120; Wlotzke, S. 11.
- (179) BVerfGE 18, 18, 28.
- (180) Eßbüler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 204 ff.; Lieb, RdA 1972, 129, 133; Säcker, Grundprobleme, S. 88, 92; Scholz in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 9 Rn 271; Zöllner-Seiter, Paritätische Mitbestimmung, S. 46; Wiedemann-Stumpf, TVG, Einl. Rn 43.
- (181) BVerfGE 44, 322, 340.
- (182) BVerfGE 4, 96, 106; 18, 18, 26; 28, 295, 305; 44, 322, 340.
- (183) BVerfGE 44, 322, 340..
- (184) BVerfGE 19, 303, 322; 28, 295, 306.
- (185) BVerfGE 44, 322, 340.
- (186) Scholz in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 9 Rn 271.
- (187) Ebenso ferner Adomeit, RdA 1964, 309, 313; Galperin, DB 1970, 298, 301; Herschel, RdA 1967, 71, 72; Löwisch, RdA 1969, 129, 130, 136; Hueck-Nipperdey, LB, II/1, S. 371; Wiedemann-Stumpf, TVG, Einl. Rn 43; Zöllner-Seiter, Paritätische Mitbestimmung, S. 46.
- (188) BVerfGE 20, 313, 320.
- (189) BVerfGE 50, 290, 371; BVerfG DÖV 1979, 251, 262; Kübler/Schmidt/Simitis, Mitbestimmung, S. 44 f., 220 ff.; Richardi, AöR 1979, 546, 570; ders. in Festschrift G. Müller, S. 413, 419 f.; Vollmer, BB 1979, 308, 355, 357.
- (190) Dietz-Richardi, § 77 Rn 187; Richardi, AöR 1979, 546, 570; ders. in Festschrift G. Müller, S. 413, 419 f.; Kübler/Schmidt/Simitis, S. 44; a. A. zum alten Recht Lenz in Festschrift Abendroth (1968), S. 203, 228, der die "gewerkschaftsfeindliche, betriebs-solidaristische Struktur" des BetrVG 1952 als Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG angesehen hatte.
- (191) Wie es in der Entscheidung BVerfGE 44, 322, 340 allerdings eher beiläufig erklärt hat.
- (192) S.o. C I 2.
- (193) BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 mit zust. Anm. von Richardi; BAGE 27, 194, 206 = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung mit zust. Anm. von Richardi; BAG Nr. 2 und 3 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; IAG Düsseldorf EZA § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 1 mit zust. Anm. von Rütters; IAG Baden-Württemberg EZA § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 4; aus dem Schrifttum vgl. nur Dietz-Richardi, § 87 Rn 48 ff.; Wiese, Initiativrecht, S. 26 ff. jeweils m.w.N. zu den Streitfragen.

- (194) S.o. C I 2 a.
- (195) Etwa von Dietz-Richardi, § 76 Rn 6; Dütz, DB 1972, 383.
- (196) BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit; Blomeyer, ZfA 1975, 243, 293; Dütz, DB 1972, 383, 391; Gester-Isenhardt, RdA 1974, 60, 83; Moll, BlStSozArbR 1977, 177; a.A. Erdmann, BlStSozArbR 1971, 241, 244 ff.
- (197) So die Begründung zum RegE, BR-Drucks. 715/70, S. 55.
- (198) S.o. C I 4 a Fn 60.
- (199) Ähnlich Reuter-Streckel, S. 36; s.o. D II.
- (200) S.6. I I 3 b.
- (201) Ähnlich Reuter-Streckel, S. 36. Die von Zöllner, SAE 1966, 162, 164 geäußerte Befürchtung, durch die Ausgestaltung der betrieblichen Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte könne die Tarifautonomie beeinträchtigt werden, ist also unbegründet.
- (202) Richardi, Kollektivgewalt, S. 266 f.
- (203) S.o. I.
- (204) Nach Rechtsprechung und herrschender Meinung hat ein bestehender, aber nicht üblicher Tarifvertrag die Sperrwirkung des § 59 BetrVG nicht ausgelöst, vgl. BAGE 7, 340 = AP Nr. 1 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip; BAGE 19, 181, 186 = AP Nr. 27 zu § 59 BetrVG; Nikisch III, S. 295; a.A. Richardi, Kollektivgewalt, S. 327.
- (205) Wiedemann-Stumpf, TVG, § Rn 82.
- (206) Vgl. dazu Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn 137; Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 434 ff.; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 2 Rn 82.
- (207) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 2 Rn 83 ff.; a.A. Brox-Rüthers, Rn 137.
- (208) Brox-Rüthers, Rn 137; von Hoyningen-Huene, ZfA 1980, 453, 465; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 2 Rn 87 ff.
- (209) S.o. I 3.
- (210) Vgl. den Gesetzentwurf des DGB, AuR 1968, 80, 145; Pinther, AuR 1968, 97, 102.
- (211) S.o. I 2.
- (212) S.o. I 2.
- (213) Sacker, RdA 1967, 370, 371.
- (214) Galperin-Löwisch, § 77 Rn 75; Thiele, GK, § 77 Rn 90; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 293. Ebenso zum alten Recht Galperin-Siebert, § 59 Anm. 6; G. Hueck, Anm. zu BAG AP Nr. 25, 26 zu § 59 BetrVG; Nikisch II, S. 400, III, S. 385; Siebert, RdA 1958, 161, 162.
- (215) Kammann-Hess-Schlochauer, § 77 Rn 72.
- (216) Neumann-Duesberg, S. 469.
- (217) Vgl. zu den verschiedenen Differenzierungsklauseln, Solidaritätsbeiträgen u.ä. Däubler-Hege, Tarifvertragsrecht, Rn 501 ff.; Hanau-Adomeit, S. 65; Wiedemann-Stumpf, TVG, Einl. Rn 73 ff.

- (218) BAG AP Nr.5 zu § 56 BetrVG Entlohnung.
- (219) Das BAG hat bereits in E 2,165,167 = AP Nr.1 zu § 56 BetrVG entschieden, daß der Tarifvorbehalt voraussetzt, daß die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten auch durch Tarifvertrag geregelt werden können.
- (220) Vgl. Däubler-Hege, Tarifvertragsrecht, Rn 345 ff.; Delp/L. Schmidt/Wohlfahrt in O. Jacobi/Müller-Jentsch/E. Schmidt, Kritisches Jahrbuch 1974, S.161 ff.
- (221) Die Aufgabe der Springer besteht darin, taktgebundene Arbeitnehmer zu ersetzen, wenn sie für kurze Zeit abwesend sind.
- (222) Zu den Einzelheiten vgl. Delp u.a., a.a.O., S.167 f.
- (223) U.a. deshalb, weil Ford dem Arbeitgeberverband beigetreten ist.
- (224) S.o. Fn 214.
- (225) Biedenkopf, Tarifautonomie, S.284.
- (226) S.u. G.
- (227) S.u. F.
- (228) BAG AP Nr.4 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; Dietz-Richardi, § 88 Rn 13; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 47, § 88 Rn 7; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 141; Wiese, GK, § 87 Rn 262.
- (229) BAGE 25,93,98 = AP Nr.1 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen; BAGE 31,11,14 = AP Nr.5 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; Dietz-Richardi, § 87 Rn 416, § 88 Rn 15; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 47 b; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 184; Moll, Mitbestimmung, S.109 f.; Stege-Weinspach, § 87 Rn 146; Wiese, GK, § 87 Rn 274.
- (230) Weitere Beispiele bei Fitting-Auffarth-Kaiser, vor § 89 Rn 52 f.
- (231) Die amtliche Begründung bringt diesen Zweck nur ansatzweise zum Ausdruck, wenn sie den Ausschluß des § 77 Abs.3 damit begründet, dem Betriebsrat "ausreichende Handlungsfreiheit" einzuräumen (Reg E, BR-Drucks. 715/70, S.55)
- (232) Hanau, 54. DJT, Gutachten E, S.E 30.
- (233) Hilger/Stumpf in Festschrift für G.Müller, S.209,222.
- (234) Dietz-Richardi, § 88 Rn 21; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 88 Rn 10; Galperin-Löwisch, § 77 Rn 76, § 88 Rn 14; Kammann-Hess-Schlochauer, § 88 Rn 13; Schimana-Frauenkorn, DB 1980,445,448; a.A. Konzen, BB 1977,1307,1312; Moll, Tarifvorrang, S.58; Stege-Weinspach, § 88 Rn 11; Weiss, § 88 Rn 4; Wiese, GK, § 88 Rn 18.

- (1) Dazu Dietz-Richardi, § 87 Rn 116; Wiese, GK, § 87 Rn 32; ders., 25 Jahre BAG, S. 661.
- (2) S.u. G.
- (3) S.u. G IV 3.
- (4) S.o. D I 1 a.
- (5) LAG Hamm, DB 1974, 2161, 2162; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 50 ff.; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 39; Löwisch, AuR 1978, 97, 105; Stege-Weinspach, § 87 Rn 31.
- (6) BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit.
- (7) Ebenso LAG Berlin Eza § 87 BetrVG 1972 Nr. 6, S. 36 f.; LAG Hamm, DB 1975, 2282, 2283; Böhm, RdA 1974, 372, 367; Dietz-Richardi, § 87 Rn 131; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 14; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 54; Gnade-Kehrman-Schneider, § 87 Rn 17; Hanau, BB 1972, 499, 500; Hanau-Adomeit, S. 113; Preis, DB 1973, 474; Rumpff, AuR 1972, 65, 81; Simitis-Weiss, DB 1973, 1240, 1256; von Stebut, RdA 1974, 332, 338 f.; Wiese, GK, § 87 Rn 36; ders., 25 Jahre BAG, S. 661, 675 f.; a.A. LAG Düsseldorf Eza § 87 BetrVG 1972 Nr. 1; Säcker, ZfA 1972 (Sonderheft) 41, 49; Küchenhoff, § 87 Anm. 2.
- (8) BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen; AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit.
- (9) S.o. E V 2 b.
- (10) BAG AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972; AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; Dietz-Richardi, § 87 Rn 129; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 48; Wiese, GK, § 87 Rn 36 f.; ders., 25 Jahre BAG, S. 661, 672 ff.; kritisch Säcker, BB 1979, 1201.
- (11) Vgl. besonders Dietz-Richardi, § 87 Rn 129; Säcker, BB 1979, 1201; Wiese, GK, § 87 Rn 36 ff.
- (12) Bichler, DB 1979, 1939, 1940; Bleistein, § 87 Rn 390; Boewer, DB 1973, 522, 525; Farthmann, RdA 1974, 65, 70; Frauenkorn, § 87 Anm. 7; ders., Grundriß, Anm. 566; Lieb, Arbeitsrecht, S. 145; Moll, Tarifvorrang, S. 21 f.; Reuter, SAE 1976, 17; Säcker, ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 68; Schaub, Handbuch, S. 935; Simitis-Weiss, DB 1973, 1240, 1249 f.; Stege-Weinspach, § 87 Rn 32; Weiss, § 87 Rn 36.
- (13) RdA 1974, 65, 70.
- (14) Für tarifliche Kurzarbeitsklauseln ebenso Simitis-Weiss, DB 1973, 1240, 1250.
- (15) ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 68; ebenso Weiss, § 87 Rn 10.
- (16) S.u. G.
- (17) Wester/Schlüpers-Oehmen, S. 42; früher auch Dietz-Richardi, 5. Aufl., § 87 Rn 98 f., a.A. 6. Aufl., § 87 Rn 126.
- (18) Gast, Tarifautonomie, S. 28 f.; Wiese, GK, § 87 Rn 35; ders., 25 Jahre BAG, S. 661, 671.

- (19) Dietz-Richardi, § 87 Rn 126; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 284; ebenso zum alten Recht Herschel, AuR 1969, 65, 71 f.; Hilger, BB 1969, 448, 450.
- (20) Etzel, S. 151; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 13; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 56; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 41; Konzen, BB 1977, 1309 in Fn 28; Rumpff, AuR 1972, 65, 78.
- (21) S.u. Fn 64.
- (22) S.u. Fn 68.
- (23) Hueck-Nipperdey, LB, II/1, S. 477; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 3 Rn 5.
- (24) Hueck-Nipperdey, LB, II/1, S. 477; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 3 Rn 6.
- (25) Der Wortlaut spricht deshalb nicht für einen logischen und sozialen Zusammenhang zwischen den Eingangsworten des § 87 Abs. 1 und dem Tarifrecht; so aber Dietz-Richardi, § 87 Rn 126 im Anschluß an Nipperdey, RdA 1968, 450, 452.
- (26) S.o. E I 3.
- (27) Hueck-Nipperdey, LB, II/1, S. 291 f.; Nikisch II, S. 299 ff.; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 1 Rn 241 ff.
- (28) Hueck-Nipperdey, LB, II/1, S. 291 f.; Nikisch II, S. 301; kritisch Lieb, RdA 1967, 441 ff.
- (29) Hueck-Nipperdey, LB, II/1, S. 291 f.
- (30) Hueck-Nipperdey, LB, II/1, S. 292; a.A. Wiedemann-Stumpf, TVG, § 1 Rn 117, 247.
- (31) Wiese, GK, § 87 Rn 35; ders., 25 Jahre BAG, S. 661, 670 ff.; ebenso Gast, S. 28.
- (32) Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB, II/2, S. 1395; Nipperdey, RdA 1968, 450, 452.
- (33) S.u. VI 2 b.
- (34) Der Arbeitgeber darf nämlich nur solche Fragen stellen, die mit dem Arbeitsplatz und der zu leistenden Arbeit in Zusammenhang stehen; Falkenberg, BB 1970, 1013, 1016; Schaub, Handbuch, § 26 III 2, 3.
- (35) Ablehnend auch Dietz-Richardi, § 87 Rn 126; Säcker, ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 67 f.; Simitis-Weiss, DB 1973, 1240, 1249.
- (36) Vgl. Säcker, Gruppenautonomie, S. 87 ff.
- (37) Farthmann, RdA 1974, 65, 70 f.; Lieb, Arbeitsrecht, S. 109; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 1 Rn 244.
- (38) Hahn, S. 31; Weller, S. 184 f.
- (39) Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1975, 17, 21; Farthmann, RdA 1974, 65, 70 f.; Farthmann-Bürger, AR-Blattei, Arbeitszeit V B II 4; Gamillscheg in Festschrift Fechner, S. 135, 146 f.; Simitis-Weiss, DB 1973, 1240, 1249 f.; ähnlich Nikisch II, S. 302 f.
- (40) So aber wohl Farthmann, RdA 1974, 65, 70.
- (41) S.o. I 2 a.
- (42) S.o. C I 1, 5.
- (43) Vgl. etwa für die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 4 bei der Einführung der bargeldlosen Lohnzahlung zur Frage, wer die Kontoführungskosten zu tragen hat BAGE 29, 4C = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG Auszahlung.

- (44) So auch Moll, Tarifvorrang, S. 21 f.; Säcker, ZfA 1972(Sonderheft), 41, 67 f.
- (45) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 284.
- (46) Dietz-Richardi, § 87 Rn 126; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 284; zum alten Recht Herschel, AuR 1969, 65, 71 f.; Hilger, BB 1969, 448, 450; a. A. Boewer, DB 1970, 2319; Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB, II/2, S. 1395 Fn 46b.
- (47) Herschel, AuR 1969, 65, 71.
- (48) Säcker, ZfA 1972(Sonderheft), 41, 67 f.
- (49) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 3 Rn 125; vgl. auch Wiedemann, RdA 1969, 311, 323 ff.
- (50) BAG AP Nr. 7 zu § 4 TVG; Gamillsche, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 47 ff.; Hueck-Nipperdey, LB, II/1, S. 479, 499 f.
- (51) S.o. E I 2, V 3.c.
- (52) Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 13; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 56; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 41; Rumpff, AuR 1972, 65, 78.
- (53) Galperin-Löwisch, § 87 Rn 56.
- (54) Rumpff, AuR 1972, 65, 78.
- (55) Dietz-Richardi, § 87 Rn 126; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 13.
- (56) S.o. Fn 34.
- (57) IAG Berlin Eza § 87 BetrVG 1972 Nr. 6; Etzel, S. 150; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 11; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 42; Kreutz, Betriebsautonomie, S. 221; Löwisch, AuR 1978, 97, 103; Wiese, GK, § 87 Rn 31; ders., 25 Jahre BAG, S. 661, 662.
- (58) Söllner, Arbeitsrecht, § 21 III 3.
- (59) Bleistein, § 87 Anm. 390; Dietz-Richardi, § 87 Rn 115; Eich, DB 1980, 1340, 1341; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 11; Hauttmann-Schmitt, § 87 Anm. II 1; Lieb, ZfA 1978, 179, 205; Moll, Tarifvorrang, S. 18 ff.; Reuter, Vergütung von AT-Angestellten, S. 27 f.; Säcker, ZfA 1972(Sonderheft), 41, 64, 70; Schaub, Handbuch, § 235 V 4; Stege-Weinspach, § 87 Rn 32; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 280; vgl. auch BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Akkord.
- (60) Nach allgemeiner Ansicht schränken die Eingangsworte des § 87 Abs. 1 das Mitbestimmungsrecht ein und sind keine Rechtsgrundlage für eine Erweiterung der Mitbestimmung, so aber BAGE 8, 112, 121 = AP Nr. 11 zu § 611 BGB Akkordlohn mit insoweit abl. Anm. von Nikisch und BAGE 8, 143, 153 = AP Nr. 14 zu § 56 BetrVG mit zust. Anm. von A. Hueck.
- (61) S.u. G.
- (62) So aber Simitis-Weiss, DB 1973, 1240, 1249 Fn 81.
- (63) Kreutz, Betriebsautonomie, S. 221 f.
- (64) IAG Berlin Eza § 87 BetrVG 1972 Nr. 6; IAG Berlin DB 1981, 1730; Brecht, § 87 Anm. 11; Dietz-Richardi, § 87 Rn 122; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 15; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 46; Gnade-Kehrman-Schneider, § 87 Anm. 6; Hueck-Richardi, AR-Blattei, Tarifvertrag VI, H II 1; Konzen, BB 1977, 1307, 1309 f.; Moll, Tarifvorrang, S. 23; Reuter, SAE 1967, 15, 18; Simitis-Weiss, DB 1973, 1240, 1250; Stege-Weinspach, § 87 Anm. 34; Weiss, § 87 Rn 10; Wester/Schlüpers-Gehmen, S. 41; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 283; Wiese, GK, § 87 Rn 33.

- (65) Farthmann, RdA 1974, 65, 71; Hanau, RdA 1973, 281, 284; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 283.
- (66) So ausdrücklich Hanau, RdA 1973, 281, 284.
- (67) S.u. G.
- (68) Boewer, DB 1973, 522, 524; Farthmann, RdA 1974, 65, 71; zum alten Recht Neumarin-Duesberg, S. 467 f.; Nikisch III, S. 379.
- (69) Hueck-Nipperdey, LB, II/1, S. 542; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 183 ff.
- (70) Konzen, BB 1977, 1307, 1309; Reuter, SAE 1976, 15, 18; Simitis-Weiss, DB 1973, 1240, 1250.

- (1) S.o. F VI 2.
- (2) Zu den Voraussetzungen einer üblichen Tarifregelung vgl. unter E I 3.
- (3) S.c. F VII.
- (4) S.c. C I 2.
- (5) ZfA 1972(Sonderheft), 41, 64.
- (6) Etwa von Hanau, BB 1977, 350; Kreutz, Betriebsautonomie, S. 220 Fn 117; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 279.
- (7) BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972.
- (8) Ebersc Dietz-Richardi, § 77 Rn 180. Das BAG hat die Streitfrage auch in weiteren Entscheidungen bisher offen gelassen: BAGE 26, 60, 70 = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit; AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit; BAGE 29, 103, 109 = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; BAGE 32, 350, 361 = AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.
- (9) IAG Berlin Eza § 87 BetrVG 1972 Nr. 6; LAG Berlin DB 1981, 1730 f.; Arbeitsring Chemie, § 77 Anm. 2; Auffarth, AR-Blattei D Betriebsverfassung IV B; Boewer, DB 1973, 522, 526; Bohn-Schlicht, S. 87 Anm. 2; Brecht, § 87 Anm. 11; Conze, DB 1978, 490, 492; Dietz-Richardi, § 77 Rn 180 ff., § 87 Rn 132; Etzel, S. 276; Federlin, HBV, Gr. 1, S. 133; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 52, § 87 Rn 11, 15; Frauenkorn, Grundriß, Rn 567; ders., § 87 Anm. 10; Galperin-Löwisch, § 77 Rn 76, § 87 Rn 57; Hanau, RdA 1973, 281, 284; ders., BB 1977, 350; Hanau-Adomeit, S. 103; Jäcker, S. 49; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 43; Kirchner, BB 1972, 1279, 1281; Konzen, BB 1977, 1307, 1311 f.; Küchenhoff, § 87 Anm. 18; Lieb, Arbeitsrecht, S. 143; Mengel, DB 1982, 43; Moll, Tarifvorrang, S. 39; Pohle, S. 82; Raath, DB 1972, Beil. 1, 1, 13; Richardi, ZfA 1976, 1, 2 ff.; ders., Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972, Bl. 426R; Schaub, § 231 II 5, S. 1163; Schmid, Grundzüge, S. 262; von Stebut, RdA 1974, 332, 339; Thiele, GK, § 77 Rn 93; Wester/Schlüers-Oehmen, S. 39; Wiese, 25 Jahre BAG, S. 661, 664; ders., GK, § 87 Rn 28. 28.
- (10) Kirchner, BB 1972, 1279, 1281; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 280.
- (11) Hanau, RdA 1973, 281, 284; Kirchner, BB 1972, 1279, 1281.
- (12) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 280, 283.
- (13) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 280.
- (14) So ausdrücklich Hanau, RdA 1973, 281, 284; ders., BB 1977, 350; Konzen, BB 1977, 1307, 1310. Vgl. auch Boewer, DB 1973, 522, 526; Etzel, S. 276; Galperin-Siebert, § 87 Rn 57; Stege-Weinspach, § 87 Rn 35; ebenso IAG Berlin Eza § 87 BetrVG 1972 Nr. 6 = DB 1978, 115, 116, obwohl es unmittelbar vorher feststellt, daß § 77 Abs. 3 nur der Ausübung des Mitbestimmungsrechts durch Betriebsvereinbarung entgegensteht; früher ebenso Dietz-Richardi, 5. Aufl., § 77 Rn 178, anders in der 6. Aufl., § 77 Rn 181.
- (15) Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 280.

- (16) Adomeit, BB 1972, 53; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 77 Rn 68; Hanau-Adomeit, S. 103; Kirchner, BB 1972, 1279, 1282; Kreutz, Betriebsautonomie, S. 219 ff.; Moll, Tarifvorrang, S. 53 ff.; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 295; Wiese, Initiativrecht, S. 33; ders., 25 Jahre BAG, S. 661, 664; ders., GK, § 87 Rn 29; Zöllner, Arbeitsrecht, § 47 III 5 e, Ebenso bereits zum alten Recht Adomeit, Regelungsabrede, S. 77; Galperin-Siebert, § 56 Anm. 22, § 59 Anm. 14; Nikisch III, S. 381; Sacker, Gruppenautonomie, S. 298 Fn 169. Vgl. ferner Galperin, Leitfaden, S. 105, nach dessen Ansicht das Mitbestimmungsrecht zwar bestehen bleibt, ein Spruch der Einigungsstelle aber nicht erzwingbar sein soll, weil ihm die Wirkung einer Betriebsvereinbarung zukomme vgl. dazu III 2 c.
- (17) Vgl. die in Fn 16 Genannten außer Adomeit und Kreutz, jeweils a.a.O.
- (18) Adomeit, BB 1972, 53; Kreutz, Betriebsautonomie, S. 219.
- (19) Dietz-Richardi, § 77 Rn 182, 223 f.
- (20) Birk, Anm. zu BAG Eza § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 2; Farthmann, RdA 1974, 65, 71 f.; Gnade-Kehrmann-Schneider, § 77 Anm. 9, § 87 Anm. 5; Großmann-Schneider, Rn 549; Reuter, SAE 1976, 17 f.; ders., Vergütung von AT-Angestellten, S. 28; Reuter-Streckel, S. 33; Sacker, ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 64 f.; Siebert-Degen-Becker, § 77 Anm. 9; Simitis-Weiss, DB 1973, 1240, 1247; Weiss, § 77 Rn 10, § 87 Rn 9; ders., in Maus, Handbuch, X. Teil, X B § 2 Rn 11.
- (21) BR-Drucks. 1715/70, S. 49.
- (22) BR-Drucks. 715/70 (Beschluss), S. 10.
- (23) BT- zu Drucks. VI/1786.
- (24) Dietz, § 59 Anm. 7; ders., RdA 1955, 241, 242 f.; Farthmann, RdA 1966, 249, 252; Neumann-Duesberg, S. 470; Nikisch III, S. 381, 385.
- (25) S.o. E II, C I 1.
- (26) BAG AP Nr. 5 zu § 56 BetrVG Entlohnung; AP Nr. 26 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsgesetz; Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 285; Hilger, BB 1969, 448, 450; Nipperdey-Sacker bei Hueck-Nipperdey, LB, II/2, S. 1397; Richardi, Kollektivgewalt, S. 270 Fn 131.
- (27) Etwa von Farthmann, RdA 1966, 249, 252; Herschel, AuR 1969, 65, 71.
- (28) Dietz-Richardi, § 77 Rn 181; Kirchner, BB 1972, 1279, 1281; Moll, Tarifvorrang, S. 36; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 280.
- (29) Dietz-Richardi, § 77 Rn 181; Kirchner, BB 1972, 1279, 1287; Moll, Tarifvorrang, S. 36; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 280.
- (30) Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 285; Fitting, BetrVerf 1956, 210, 213; Herschel AuR 1964, 257 Fn 3; Höcker, RdA 1956, 177, 180.
- (31) So aber Kirchner, BB 1972, 1279, 1281; wohl auch Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 280.
- (32) Vgl. Zippelius, Methodenlehre, S. 49 f.
- (33) Kreutz, Betriebsautonomie, S. 220 f.; Simitis-Weiss, DB 1973, 1240, 1247 Fn 61; zum alten Recht bereits Dietz, RdA 1955, 241.

- (34) Dietz, a.a.O.
- (35) Zippelius, a.a.O.
- (36) Zu diesem Zweck des § 77 Abs. 3 s.o. E IV 4 b.
- (37) Vgl. nur BAGE 12, 117, 122 = AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit; AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG Akkord; Dietz-Richardi, § 87 Rn 52 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 4, 7; Galperin-Löwisch, § 77 Rn 100; Thiele, GK, § 77 Rn 15 ff.; Wiese, GK, § 87 Rn 45 ff.
- (38) S.o. E IV 4 b, bb.
- (39) Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Betriebsparteien den Bestand der arbeitsvertraglichen Regelung von der Betriebsabsprache abhängig gemacht haben, s.o. E IV 4 b, bb.
- (40) S.o. E IV 4 b, bb in Fn 125.
- (41) Dietz-Richardi, § 77 Rn 224; Thiele, GK, § 77 Rn 119.
- (42) Dietz-Richardi, § 77 Rn 224.
- (43) Insoweit unterscheidet sich § 77 Abs. 3 von § 59 BetrVG 1952. Nach der Rechtsprechung und der früher h.M. löste eine bestehende, aber nicht übliche Tarifregelung keine Sperrwirkung aus, vgl. BAGE 7, 340 = AP Nr. 1 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip; BAGE 19, 181, 186 = AP Nr. 27 zu § 59 BetrVG; Nikisch III, S. 295; a.A. insbesondere Richardi, Kollektivgewalt, S. 327.
- (44) Hanau, RdA 1973, 281, 284; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 280.
- (45) S.o. C I.
- (46) S.o. E.
- (47) S.o. C I 5.
- (48) S.o. C I 5 Fn 64.
- (49) Dietz-Richardi, § 77 Rn 224; Hanau, RdA 1973, 281, 284.
- (50) BR-Drucks. 715/70, S. 49.
- (51) BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB Akkordlohn.
- (52) Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 62.
- (53) S.o. C I 2 a.
- (54) Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 62; Richardi, ZfA 1976, 1, 27; vgl. auch BAG AP Nr. 1, 4, 12 zu § 611 BGB Akkordlohn.
- (55) BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB Akkordlohn; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 62; ungenau Strieder, BB 1980, 420, 421.
- (56) BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB Akkordlohn.
- (57) Vgl. etwa den Fall BAG AP Nr. 16 zu § 611 BGB Akkordlohn.
- (58) BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB Akkordlohn; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 62.
- (59) So z.B. Dietz-Richardi, § 87 Rn 596 ff.; vgl. C I 2 a.
- (60) S.o. C I 2.

- (61) BAG AP Nr.1 zu § 87 BetrVG 1972 Auszahlung; AP Nr.1 zu § 1 TVG Arbeitsentgelt jeweils mit Anm. von Wiedemann-Moll.
- (62) LAG Düsseldorf, DB 1981, 749; ArbG Köln, BB 1979, 1768; Dietz-Richardi, § 87 Rn 281; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 29; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 123; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 93; Weiss, § 87 Rn 17; Wiedemann-Moll, a.a.O.; a.A. insbesondere Wiese, GK, § 87 Rn 175 ff.
- (63) So ausdrücklich BAG AP Nr.1 zu § 1 TVG Arbeitsentgelt.
- (64) Hanau, RdA 1973, 281, 283 Fn 22 im Anschluß an Dietz, § 59 Anm. 7 a.
- (65) S.o. E II.
- (66) S.o. E VI.
- (67) S.o. C I 5.
- (68) S.o. Fn 16.
- (69) S.o. E IV 4 b, bb.
- (70) Thiele, GK, § 77 Rn 87, beklagt zwar "ungereimte Ergebnisse". hält aber die Anwendung des § 77 Abs. 3 im Bereich der Mitbestimmung wegen des "Schutzes der Tarifautonomie" für geboten. Richardi hat zwar in Dietz-Richardi 5. Aufl., § 77 Rn 178, den Ausschluß der normativen Realisierung der Mitbestimmung durch § 77 Abs. 3 allein für nicht überzeugend gehalten, vertritt diese Auffassung jedoch in der 6. Aufl., § 77 Rn 182.
- (71) Moll, Tarifvorrang, S. 56; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 295; Wiese, GK, § 87 Rn 29; kritisch Thiele, GK, § 77 Rn 93.
- (72) S.o. E IV 4 b.
- (73) S.o. E IV 4 b, bb.
- (74) A.A. nur Dietz-Richardi, § 77 Rn 182.
- (75) Dietz-Richard, § 87 Rn 58; vgl. auch Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 7; Wiese, GK, § 87 Rn 46.
- (76) Zu den Voraussetzungen für eine schlüssige Einigung vgl. Dietz-Richardi, § 77 Rn 59.
- (77) Adomeit, BB 1967, 1003, 1004; Dietz-Richardi, § 87 Rn 53; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 36; Wiese, GK, § 87 Rn 47 f.
- (78) BAG AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972; Dietz-Richardi, § 77 Rn 235; Kammann-Hess-Schlochauer, § 77 Rn 91.
- (79) Dietz-Richardi, a.a.O.
- (80) Wenn die Möglichkeit der Umdeutung nicht bereits deshalb ausscheidet, weil die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 auch auf Regelungsabreden erstreckt wird, so Dietz-Richardi, a.a.O. Diese Begründung vermag jedoch das Umdeutungsverbot für Vereinbarungen im Mitbestimmungsbereich nicht zu erklären, wenn formfreie Vereinbarungen hier trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 77 Abs. 3 zugelassen werden.
- (81) So Galperin, Leitfaden, S. 105; Wester/Schlüpers-Oehmen, S. 39.
- (82) Moll, Tarifvorrang, S. 56; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 295; Wiese, GK, § 87 Rn 29; ebenso zum alten Recht Dietz, Die gerichtliche Überprüfung, S. 77; Neumann-Duesberg, S. 419.

- (83) Ditz, a. a. O.; Neumann-Duesberg, a. a. O.
- (84) Jäcker, S. 138; Pünnel, S. 57.
- (85) So offenbar Fitting-Auffarth-Kaiser, § 76 Rn 23.
- (86) S. o. Fn 37.
- (87) So aber Thiele, GK, § 76 Rn 88.
- (88) Gaul, Einigungsstelle, S. 276; vgl. auch Wiese, GK, § 87 Rn 46.
- (89) Darüberhinaus stellt sich auch hier die Frage, was mit einem Spruch der Einigungsstelle, dem normative Wirkung zugedacht ist, geschehen soll, wenn das Vorliegen der Voraussetzungen des § 77 Abs. 3 verkannt worden ist, vgl. o. unter b.
- (90) Adomeit, BB 1972, 53; Kreutz, Betriebsautonomie, S. 219.
- (91) S. o. Fn 17.
- (92) S. o. II 2.
- (93) S. o. unter F.
- (94) S. o. Fn 20.
- (95) Farthmann, RdA 1974, 65, 71 f. (im Gegensatz zu seiner von Hanau, RdA 1973, 281, 284 wiedergegebenen Äußerung als Abgeordneter im Deutschen Bundestag); Söcker, ZfA 1972 (Sonderheft), 41. 56.
- (96) S. o. F VI 2 b.
- (97) S. o. E VI 2 a.
- (98) S. o. C I 2, 3.
- (99) So schon Hilger, BB 1969, 448, 450 für den Katalog des § 56 Abs. BetrVG.
- (100) BR-zu Drucks. VI/2729, S. 6.
- (101) Hanau, RdA 1973, 281, 285.
- (102) S. o. unter III 2.
- (103) Hanau, RdA 1973, 281, 285; ders., ZfA 1974, 89, 106 f.; zust. Konzen, BB 1977, 1307, 1310; für die Mitbestimmung nach § 91 Dietz-Richardi, § 91 Rn 28; Galperin-Löwisch, § 91 Rn 15; Hofe, S. 110; Hunold, DB 1976, 1059, 1062; Wiese, GK, § 91 Rn 13 b.
- (104) Hanau, RdA 1973, 281, 284.
- (105) Farthmann, RdA 1974, 65, 71.
- (106) S. o. E V 4 b.
- (107) S. o. C I 2.
- (108) S. o. C Fn 69.
- (109) S. o. F VII.
- (110) S. o. D I 3 b.
- (111) S. o. E V 4 b.
- (112) Wie Hanau, RdA 1973, 281, 284, der Vorrang-Theorie entgegenhält.

- (113) Arbeitsring Chemie, § 87 Anm. 2; Boewer, DB 1973, 522, 525; Conze, DB 1978, 490, 492; Dietz-Richardi, § 87 Rn 133 ff.; Etzel, S. 152; Fitting-Auffahrt-Kaiser, § 87 Rn 11 f.; Frauenkorn, § 87 Anm. 8; ders., Grundriß, Rn 566; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 43; Gaul, Einigungsstelle, S. 76 f.; Kammann-Hess-Schlochauer, § 87 Rn 43; Konzen, BB 1977, 1307, 1310; Kreutz, Betriebsautonomie, S. 211; Moll, Tarifvorrang, S. 32 f.; Thiele, GK, § 77 Rn 62; Wester-Schlüpers-Oehmen, S. 41; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 286 f.; Wiese, GK, § 87 Rn 34; ders., 25 Jahre BAG, S. 661, 668 ff.; Richardi in Festschrift v. Lübtow, S. 755, 776.
- (114) Wiese, GK, § 87 Rn 34.
- (115) Richardi in Festschrift v. Lübtow, S. 755, 776.
- (116) Höcker, RdA 1956, 17, 18; Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey, LB, II/2, S. 1394 (anders aber S. 1397); Säcker, Gruppenautonomie, S. 359; a. A. insbes. Dietz, § 56 Anm. 70; Galperin-Siebert, § 56 Anm. 15; Nikisch III, S. 378, 385; Richardi, Kollektivgewalt, S. 271 ff.
- (117) Säcker, ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 66 f.; ders., BB 1979, 1201, 1202; Schaub, § 235 V 4; Stege-Weinspach, § 87 Rn 33.
- (118) AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Akkord; AP Nr. 7 zu § 37 BetrVG; AP Nr. 25 zu § 56 BetrVG.
- (119) AP Nr. 5 zu § 56 BetrVG Akkord mit abl. Anm. Dietz.
- (120) BAGE 21, 332, 336 = AP Nr. 26 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsgesetz.
- (121) Dietz-Richardi, § 87 Rn 134; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 287; Wiese, GK, § 87 Rn 34.
- (122) S. o. F VI 2 b.
- (123) So auch Dietz-Richardi, § 87 Rn 135; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rn 11; Wiedemann-Stumpf, TVG, § 4 Rn 287.
- (124) S. dazu o. D I 1 b.
- (125) S. o. III 1 a mit Fn 41.
- (126) Säcker, ZfA 1972 (Sonderheft), 41, 67.

LITERATURVERZEICHNIS

- Adcmeit, Klaus: Die Regelungsabrede, 2. Aufl., Düsseldorf 1961.
- Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969.
 - Mitbestimmung durch schlüssiges Verhalten des Betriebsrats, RdA 1963, 263.
 - Vermögensbildungsgesetz und Koalitionsfreiheit (Tarifvertrag), RdA 1964, 309.
 - Betriebliche Einigungen, BB 1967, 1003.
 - Thesen zur betrieblichen Mitbestimmung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, BB 1972, 53.
- Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reichs, Nachdruck der 14. Auflage Berlin 1933, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1970.
- Arbeitsring der Arbeitgeberverbände der Deutschen Chemischen Industrie e.V. (Hg.): Betriebsverfassungsgesetz 72, Heidelberg 1972.
- Auffarth, Fritz: Allgemeine Einleitung in die Betriebsverfassung, AR-Blattei D Betriebsverfassung III
- Allgemeine Vorschriften über die Zusammenarbeit von Betriebsrat und Arbeitgeber, AR-Blattei D Betriebsverfassung IV A.
 - Beteiligung des Betriebsrats in Sozialen Angelegenheiten, AR-Blattei D Betriebsverfassung XIV B.
 - Die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, BUV 1972, 237.
- Badura, Peter/Rittner, Fritz/Rüthers, Bernd: Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, Gemeinschaftsgutachten, München 1977.
- Barwasser, Franz H.: Zur Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen über materielle Arbeitsbedingungen in nichttarifgebundenen Betrieben, insbes. in Mischbetrieben, DB 1975, 2275.
- Bayer, Hermann-Wilfried: Die Bundestreue, Tübingen 1961.
- Becker, Friedrich/Leimert, Dirk: Die Stellung der Gewerkschaften nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, BlStSozArbR 1972, 37.
- Das Zutrittsrecht der Gewerkschaftsbeauftragten zum Betrieb nach § 2 Abs. 2 BetrVG 1972, AuR 1972, 365.
- Becker, Friedrich/Schaffner, R.: Einzelheiten zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung von Kurzarbeit bzw. dem Abbau von Überstunden, BlStSozArbR 1975, 17.
- Bichler, Hubert: Nochmals: Zur Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen über Arbeitsbedingungen für AT-Angestellte, DB 1979, 1939.
- Biedenkopf, Kurt: Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964.
- Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten für den 46. DJT, München und Berlin 1966.
 - Rechtsfragen der Konzertierte Aktion, BB 1968, 1005.
- Birk, Rolf: Anmerkung zu BAG, Beschluß vom 14.11.1974, EzA § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 2.
- Bischoff, Hans-Jürgen: Die Miniaturseite im Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1975.
- Bianke, Thomas/Erd, Rainer/Mückenberger, Ulrich/Stascheit, Ulrich (Hg.): Kollektives Arbeitsrecht. Quellentexte zur Geschichte des Arbeitsrechts in Deutschland, Bd. 1 und 2, Reinbek bei Hamburg 1975.
- Bleistein, Franzjosef: Betriebsverfassung in der Praxis, 3. Aufl., Bonn 1977.
- Mitbestimmung im Betrieb, Bonn 1972.
- Blomeyer, Wolfgang: Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1974, ZfA 1975, 243.
- Anmerkung zu LAG Düsseldorf/Köln, Beschluß vom 27.2.1975 - 16 Ta BV 113/74 - EzA § 87 BetrVG 1972 Lohn und Arbeitsentgelt Nr. 1.

- Blume, Otto: Normen und Wirklichkeit einer Betriebsverfassung, Tübingen 1964.
- Böhm, W.: Massenentlassung und Kurzarbeit, BB 1974, 372.
- Boewer, Dietrich: Zur Unterscheidung formeller und materieller Arbeitsbedingungen, DB 1970, 2319.
- Das Initiativrecht des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, DB 1973, 521.
- Bohlen, Fred, N.: Übersicht über die Beteiligungsrechte des Betriebsrates in der Betriebsverfassung, BB 1980, 1221.
- Bohn, Hans/Schlicht, Michael: Betriebsverfassungsgesetz und Wahlordnung, 3. Aufl. Düsseldorf 1982.
- Boldt, Gerhard: Die tarifvertraglichen Sonderregelungen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung im Steinkohlenbergbau, AR-Blattei D Bergarbeitsrecht III
- Zur Zulässigkeit von Firmentarifverträgen mit verbandsangehörigen Unternehmen, RdA 1971, 257.
- Boldt, Gerhard/Rüthers, Bernd: Zwei arbeitsrechtliche Vorträge, München 1970.
- Bonner Kommentar: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff.
- Brauer, Th.: Das Betriebsrätegesetz und die Gewerkschaften, Jena 1920.
- Brecht, Hans-Theo: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung, Herne und Berlin 1972.
- Brox, Hans/Rüthers, Bernd: Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1982.
- Buchner, Herbert: Reform des Betriebsverfassungsrechts, Die AG 1971, 135, 189.
- Das Zusammenwirken zwischen Gewerkschaft und Betriebsrat nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, DB 1972, 1236.
- Kooperation als Leitmaxime des Betriebsverfassungsrechtes, DB 1974, 530.
- Bulla, G.-A.: "Vertrauensvolle Zusammenarbeit" von Arbeitgeber und Betriebsrat als Generalklausel des Betriebsverfassungsrechts, RdA 1965, 121.
- Burghardt, Heinz: Die Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats, Köln 1979.
- Buschmann, Rudolf: Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Festlegung der Arbeitszeit im Einzelhandel, DB 1982, 1059.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Funktionelle und inhaltliche Grenzen kollektiver Gestaltungsmacht bei der Betriebsvereinbarung, AuR 1966, 129.
- Caspar, Richard: Die gesetzliche und verfassungsrechtliche Stellung der Gewerkschaften im Betrieb, Köln, Berlin, Bonn, München 1980.
- Conze, Peter: Zur Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen für AT-Angestellte über materielle Arbeitsbedingungen, DB 1978, 490.
- Däubler, Wolfgang: Das Arbeitsrecht 2, 2. Aufl., Reinbek bei Hamburg 1981.
- Das Grundrecht auf Mitbestimmung, Frankfurt a.M. 1973.
- Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 2. Aufl., Neuwied und Darmstadt 1980.
- Däubler, Wolfgang/Hege, Hans: Koalitionsfreiheit-Ein Kommentar, Baden-Baden 1976
- Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 1981.
- Däumig, Ernst: Die Gewerkschaft! Die Betriebsorganisation! in Schneider/Kuda, S. 9
- Delp, Volker/Schmidt, Lothar/Wohlfarth, Klaus: Gewerkschaftliche Betriebspolitik bei Ford in O. Jacobi u.a., Kritisches Jahrbuch 1974, 161.
- Denecke, Johannes/Neumann, Dirk: Arbeitszeitordnung, 9. Aufl., München 1976.
- Dersch, Hermann: Betriebsrätegesetz, 6. Aufl., 1923.
- Deutscher Gewerkschaftsbund (Hg.): Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer in Deutschland, 4. Aufl., 1969.
- Dietz, Rolf: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl., München und Berlin 1967.
- Das Monopol der Sozialpartner und die Betriebsvereinbarung, RdA 1955, 241.
- § 49 BetrVG und seine Bedeutung für die Zusammenarbeit im Betrieb - vor allem in Bezug auf die Beteiligungsrechte, RdA 1969, 1.
- Anmerkung zu BAG, Beschluf vom 15.5.1964 - 1 ABR 15/63 - , AP Nr. 5 zu § 56 BetrVG Akkord.

- Dietz/Richardi: Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar von Reinhard Richardi, 6. Aufl., Bd. 1 München 1981, Bd. 2 München 1982.
- Dommaschk, Heinz: Betriebsvereinbarungen, NZfAR 1930, Sp. 369.
- Dütz, Wilhelm: Die gerichtliche Überprüfung der Sprüche von betriebsverfassungsrechtlichen Einigungs- und Vermittlungsstellen, Bielefeld 1966.
- Strukturen des Betriebsverfassungsrechts, JuS 1972, 685.
 - Zwangsschlichtung im Betrieb - Kompetenz und Funktion der Einigungsstelle nach dem BetrVG 1972, BB 1972, 383.
 - Anmerkung zu BAG, Beschluss vom 3.6.1975 - 1 ABR 118/73 -, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen.
- Ighiski-Johannsen, Gisela: Die Interessenvertretung durch den Betriebsrat, Frankfurt a.M., New York 1981.
- Erke, Horst: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStL 20, 53.
- Glück, Rolf-Achim: Kürzung übertariflicher Einkommensbestandteile und Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates, DB 1980, 1340.
- Erismann, Ernst-Gerhard: Rechtliche und rechtspolitische Probleme des Betriebsverfassungsgesetzesentwurfes der Bundesregierung, BlStSozArbR 1971, 241.
- Etzelt, Gerhard: Betriebsverfassungsrecht, 2. Aufl., Neuwied und Darmstadt 1982.
- Falkenberg, Rolf-Dieter: Fragen des Arbeitgebers an den einzustellenden Arbeitnehmer, BB 1970, 1013.
- Farthmann, Friedhelm: Zur Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen, durch die Arbeitern Rechte von Angestellten verliehen werden, BB 1961, 725.
- Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Ermittlung der Vorgabezeiten, BB 1963, 779.
 - Die Beschränkung der Mitbestimmung nach § 56 BetrVG auf die sog. formellen Arbeitsbedingungen, RdA 1966, 249.
 - Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Regelung der Arbeitszeit, RdA 1974, 65.
- Farthmann, Friedhelm/Bürger, Karlheinz: Kurzarbeit, AR-Blattei D Arbeitszeit V Kurzarbeit.
- Fauth, Werner: Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Festlegung der Arbeitszeit, BB 1962, 374.
- Fechner, Erich: Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, RdA 1955, 161.
- Federlin, Gerd: Betriebsvereinbarung und Regelungsabrede, HBV Gruppe 1, S. 127.
- Fitting, Karl: Betriebsrätereicht, Frankfurt a.M. 1949.
- Sinn und Zweck des § 59 Betriebsverfassungsgesetz, BetrVerf 1956, 210.
- Fitting, Karl/Kraegeloh, Walter/Auffarth, Fritz: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 9. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1970.
- Fitting, Karl/Auffarth, Fritz/Kaiser, Heinz: Betriebsverfassungsgesetz, 13. Aufl., München 1981.
- Flatow, Georg: Gewerkschaften und Betriebsräte in Kaskel, Walter (Hg.), Koalitionen und Koalitionskampfmittel, 1925, S. 157.
- Föhr, Horst: Mitbestimmung des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten unter besonderer Berücksichtigung der außertariflichen Angestellten, AuR 1975, 353.
- Forsthoff, Ernst: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, 8.
- Fraenkel, Ernst: Zehn Jahre Betriebsrätegesetz in Ramm (Hg.), Arbeitsrecht und Politik, S. 97.
- Fauenkorn, Karl-Peter: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1972.
- Betriebsverfassungsrecht mit Gesetzestext und Wahlordnung, Grundriß für Studium und Praxis, Bonn 1980.
- Galperin, Hans: Die Stellung der Gewerkschaften im Staatsgefüge, DB 1970, 298, 346.
- Das Betriebsverfassungsgesetz 1972, Leitfaden für die Praxis, Heidelberg 1972.

- Galperin, Hans/Siebert, Wolfgang: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl., Heidelberg 1963.
- Galperin/Löwisch: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl., Bd. 1 von Manfred Löwisch und Rolfmarienhausen, Bd. 2 von Manfred Löwisch und Bernd Kröger, Heidelberg 1982.
- Camillischeg, Franz: Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966.
- Die Solidarität als Rechtsbegriff in Festschrift für Erich Fechner, Tübingen 1973, S. 135.
- Camillischeg, Franz/Blanc-Jouvan, Xavier/Davies, Paul/Hanau, Peter/Runggaldier, Ulrich/Summers, Clyde W.: Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Frankreich, Großbritannien, Schweden, Italien, den USA und der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a.M. 1978.
- Gast, Wolfgang: Tarifautonomie und die Normsetzung durch Betriebsvereinbarung, Heidelberg 1981.
- Gaul, Dieter: Die betriebliche Einigungsstelle, 2. Aufl., Freiburg i.B. 1980.
- Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz von Fritz Fabricius, Alfons Kraft, Wolfgang Thiele, Günther Wiese, Neuwied und Berlin 1973 ff.
- Germelmann, Claas-Hinrich: Der Betriebsfrieden im Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1975.
- Gester, Heinz/Isenhardt, Udo: Das Initiativrecht des Betriebsrats zur Regelung materieller Arbeitsbedingungen, RdA 1974, 80.
- Gester, Heinz/Kittner, Michael: Personalratsamt und Koalitionsfreiheit, RdA 1971, 161.
- Glaubrecht, Helmut/Halberstadt, Gerhard/Zander, Ernst: Betriebsverfassung, Freiburg i.B. 1977 ff.
- Gnade, Albert/Kehrmann, Karl/Schneider, Wolfgang: Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, Köln 1972.
- Göbel, Jürgen: Das neue Betriebsverfassungsrecht, BlStSozArbR 1972, 1.
- Grebing, Helga: Geschichte der deutschen Arbeiterbewegung, 4. Aufl., München 1973.
- Groß, Rolf: Skizze der Entwicklung der Mitbestimmung unter besonderer Berücksichtigung des Hessischen Betriebsrätegesetzes, BlStSozArbR 1978, 341.
- Großmann, Ruprecht/Schneider, Friedrich: Arbeitsrecht, 6. Aufl., Bonn 1982.
- Hablitzel, Hans: Zur Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen bei bestehender Tarifübllichkeit, DB 1971, 2158.
- Hagen, Werner: Das Rationalisierungsschutzabkommen der Metallindustrie, BB 1970, 129.
- Hahn, Elmar: Kurzarbeit, zeitweilige Betriebsstillegung und Massenentlassungen, München 1967.
- Halberstadt, Gerhard: Mitwirkung und Mitbestimmung des Arbeitnehmers, Freiburg i.B. 1972.
- Halberstadt, Gerhard/Zander, Ernst: Handbuch des Betriebsverfassungsrechts, 2. Aufl., Köln 1973.
- Hamann/Lenz: Grundgesetz, Kommentar von Andreas Hamann jr. und Helmut Lenz, 3. Aufl., Neuwied und Berlin 1970.
- Hanau, Peter: Besprechung von Reinhard Richardi, Kollektivgewalt, JZ 1969, 642.
- Praktische Fragen der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, BB 1972, 499.
- Allgemeine Grundsätze der betrieblichen Mitbestimmung, RdA 1973, 281.
- Die Mitbestimmung in der betrieblichen Altersversorgung nach der neuen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, BB 1976, 91.
- Aktuelle Probleme der Mitbestimmung über das Arbeitsentgelt gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, BB 1977, 350.

- Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht, Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag, München 1982.
- Anmerkung zu BAG, Beschluß vom 24.1.1980 - 3 AR 329/79 -, AR-Blattei D Betriebsverfassung XIV B, Entscheidung 40 b.
- Manau, Peter/Adomeit, Klaus: Arbeitsrecht, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 1982.
- Hauttmann, Wilhelm/Schmitt, Günter: Betriebsverfassungsgesetz 72 mit Wahlordnung, Lochham/München 1972.
- Henking, Hans Günter: Provisionen als Entgelte i.S. von § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG?, DB 1982, 275.
- Hensche, Detlef: Zur Zulässigkeit von Firmentarifverträgen mit verbandsangehörigen Unternehmen, RdA 1971, 9.
- Herschel, Wilhelm: Anmerkung zu BAG, Urt. vom 15.12.1961 - 1AZR 310/60-, AuR 1962, 191.
- Verweisungen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, BB 1963, 122C.
- Materielle und formelle Arbeitsbedingungen, AuR 1964, 257.
- Besprechung von Werner Weber, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, Berlin 1965, RdA 1967, 71.
- Abschied von den formellen und materiellen Arbeitsbedingungen, AuR 1968, 129.
- Nochmals: Formelle und materielle Arbeitsbedingungen, AuR 1969, 65.
- Formelle und materielle Arbeitsbedingungen und kein Ende?, BABI 1974, 154.
- Der Betriebsrat - damals und heute in In Memoriam Sir Otto Kahn-Freund, München 1980, S. 115.
- Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., Heidelberg 1982.
- Hilger, Marie Luise: Änderung und Aufhebung betriebseinheitlich geltender Arbeitsbedingungen, BB 1958, 417.
- Arbeitstechnische Lohnfestsetzung zwischen formellen und materiellen Arbeitsbedingungen, BB 1969, 448.
- Der Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, Tübingen 1960.
- Hilger, Marie Luise/Stumpf, Hermann: Ablösung betrieblicher Gratifikations- und Versorgungsordnungen durch Betriebsvereinbarung in Festschrift für Gerhard Müller, Berlin 1981, S. 209.
- Höcker, Lorenz: Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung in sozialen Angelegenheiten, RdA 1956.
- Hofe, Gerhard: Betriebliche Mitbestimmung und Humanisierung der Arbeitswelt, Königstein/Taunus 1978.
- von Hoyningen-Huene, Gerrick: Die Rolle der Verbände bei Firmenarbeitskämpfen, ZfA 1980, 453.
- Huber, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Bde., 2. Aufl., Tübingen 1953/54.
- Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, Oldenburg 1962.
- Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1970.
- Hueck, Alfred: Schaffung von Arbeitsnormen durch Betriebsvereinbarung, NZfAR 1923, Sp. 87.
- Konkurrenz von Gesamtvereinbarungen, NZfAR 1926, Sp. 365.
- Erweiterung des Mitbestimmungsrechtes durch Tarifvertrag, BB 1952, 325.
- Anmerkung zu BAG, Urt. vom 8.10.1959 - 2 AZR 503/56 -, AP Nr. 14 zu § 56 BetrVG.
- Hueck/Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 1. Halbb. von H.C. Nipperdey, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1967, Bd. 2, 2. Halbb. von H.C. Nipperdey unter Mitarbeit von F.J. Sacker, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1970.

- Hueck, Alfred/Richardi, Reinhard: Rechtswirkungen des Tarifvertrages im Arbeitsrecht, AR-Blattei D Tarifvertrag VI.
- Hueck, Götz: Die Betriebsvereinbarung, Münster, Köln 1952.
- Anmerkung zu BAG, Beschl. vom 6.12.1963 - 1 ABR 7/63-, AP Nr. 23 zu § 59 BetrVG
 - Anmerkung zu BAG, Beschlüsse vom 21.2.1967 - 1 ABR 2/66- und 1 ABR 9/66-, AP Nr. 25 und 26 zu § 59 BetrVG.
- Hunold, Wolf: Zum Einfluß der ArbStättV auf die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei der menschengerechten Gestaltung der Arbeit, DB 1976, 1059.
- Isele, Helmut: Ordnungsprinzip oder Parteiwille?, JZ 1964, 113.
- Isensee, Josef: Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968.
- Verfassung ohne soziale Grundrechte, Der Staat 1980, 367.
- Jacobi, Erwin: Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.
- Jacobi, Otto/Müller-Jentsch/Schmidt, Eberhard (Hg): Gewerkschaften und Klassenkampf, Kritisches Jahrbuch '72, '73, '74, Frankfurt a.M. 1972 ff.
- Gewerkschaftspolitik in der Krise, Kritisches Gewerkschaftsjahrbuch 1977/78, Berlin 1978.
 - Arbeiterinteressen gegen Sozialpartnerschaft, Kritisches Gewerkschaftsjahrbuch 1978/79, Berlin 1978.
- Jäcker, Hans: Die Einigungsstelle nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972, Köln 1974.
- Jahnke, Volker: Anmerkung zu BAG, Beschl. vom 29.3.1977 - 1 ABR 123/74 -, AR-Blattei D Betriebsverfassung XIV B, Entsch. 33.
- Kammann, Udo/Hess, Harald/Schlochauer, Ursula: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Neuwied und Darmstadt 1979.
- Kirchner, Dieter: Die Sperrwirkung von Tarifvertrag und Tarifübung für die Verwirklichung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates nach § 87 BetrVG, BB 1972, 1279.
- Klinkhammer, Heinz: Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Provisionsfestsetzung, AuR 1977, 363.
- Anmerkung zu BAG, Beschl. vom 8.3.1977 - 1 ABR 33/75 -, EzA § 87 BetrVG 1972 Lohn und Arbeitsentgelt Nr. 6.
- Klosterkemper, Heinrich: Das Zugangsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb, Königstein/Ts. 1980.
- Konzen, Horst: Tarifvertragliche und innerbetriebl. Normsetzung, BB 1977, 1307.
- Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1977, ZfA 1978, 451.
- Koopmann, Klaus: Gewerkschaftliche Vertrauensleute, Band 1 und 2 München 1980.
- Korsch, Karl: Arbeitsrecht für Betriebsräte (1922), Wien 1972.
- Kotthoff, Hermann: Betriebsräte und betriebliche Herrschaft, Frankfurt a.M. 1981.
- Kraft, Alfons: Probleme im Spannungsfeld zwischen Betriebsverfassungsrecht und Koalitionsfreiheit, ZfA 1973, 243.
- Die Regelung der Rechtsstellung der Gewerkschaftlichen Vertrauensleute im Betrieb, ZfA 1976, 243.
- Kremp, Jochen: Das Zugangsrecht der Gewerkschaftsbeauftragten zum Betrieb nach dem BetrVG 1972, AuR 1973, 193.
- Kreutz, Peter: Grenzen der Betriebsautonomie, München 1979.
- Grundsätze der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, BlStSozArbR 1972, 44.
 - Kritische Gedanken zur gerichtlichen Billigkeitskontrolle von Betriebsvereinbarungen, ZfA 1975, 65.
- Kübler, Friedrich/Schmidt, Walter/Simitis, Spiros: Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe, Baden-Baden 1978.

- Küchenhoff, Günther: Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 1. Aufl. Münster 1954, 3. Aufl. Münster 1979.
- Lappe, Marlies: Die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, ARRGegenw. 1979, 55.
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1979.
- Lenz Helmut: Die unbehagliche Nähe der Koalitionsgarantie zum Sozialstaat in Festschrift für Wolfgang Abendroth, Neuwied und Berlin 1963, S. 203.
- Lercke, Peter: Übermaß und Verfassungsrecht, KULn, Berlin, München, Bonn 1961.
- Lieb, Manfred: Arbeitsrecht, Schwerpunkte Bd. 10, Karlsruhe, Heidelberg 1975.
- Begriff, Geltungsweise und Außenseitenproblematik der Solidarnormen, DdA 1967, 441.
 - Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG bei Previsiensenförmung?, DB 1975, 1748.
 - Die Regelungszuständigkeit des Betriebsrats für die Vergütung von AT-Angestellten, ZfA 1978, 179.
 - Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Festsetzung der Arbeits- und Öffnungszeiten in Betrieben des Handels, DB 1981, Beilage 17.
 - Anmerkung zu BAG, Beschluß vom 23.3.1977 - 1 ABR 123/74 -, SAE 1978, 179.
- Löwisch, Manfred: Die Ausrichtung der tariflichen Lohnfestsetzung am gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht, Mda 1965, 129.
- Die Beschwerderechte des Arbeitnehmers nach den §§ 34 und 85 BetrVG 1972, DB 1972, 2304.
 - Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Gehaltsfestsetzung für Angestellte nach Arbeitsplatzrangfolge und Leistungsbeurteilung, DB 1973, 1746.
 - Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei Previsiensenregelungen für kaufmännische Angestellte, ArbRGew. 1975, 562.
 - Möglichkeiten und Grenzen der Betriebsvereinbarung, AuR 1978, 87.
 - Anmerkung zu BAG, Beschluß vom 23.3.1977 - 1 ABR 123/74 -, DdA § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn Nr. 2.
 - Anmerkung zu BAG, Beschluß vom 28.7.1981 - 1 ABR 56/78 -, SAE 1982, 118.
- Mager, Ernst-Günther/Wisskirchen, Alfred: Betriebsverfassungsgesetz vom 15. Januar 1972, Bergisch Gladbach 1979.
- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. Berlin und Frankfurt a.M. 1955 ff.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günther/Herzog, Roman/Scholz, Rupert: Grundgesetz, Kommentar, München 1958 ff.
- Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Baden-Baden 1975 ff.
- Mayer, Udo: Zum Streit über die Zulässigkeit von Vereinbarungen zum Schutz gewerkschaftlichen Vertrauensleute, BlStSozArbR 1977, 17.
- Meisel, Peter G./Hirsemann, Walter: Arbeitszeitordnung, Kommentar, 2. Aufl., München 1977.
- Meissinger, Hermann: Die Betriebsvereinbarung, BetrVerf 1955, Heft 3, S. 4.
- Zusammenarbeit der betrieblichen und der überbetrieblichen Sozialpartner, DB 1955, 410.
- Mengel, Horst: Die betriebl. soziale Mitbestimmung und ihre Grenzen, DB 1982, 43.
- Menger, Christian-Friedrich: Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, Tübingen 1953.
- Moll, Wilhelm: Die Mitbestimmung des Betriebsrats beim Entgelt, Berlin 1977.
- Materielle Arbeitsbedingungen und Grundgesetz - Versuch der abschließenden Würdigung einer Diskussion, BlStSozArbR 1977, 177.
 - Der Tarifvorrang im Betriebsverfassungsgesetz, Berlin 1980.
- Monjau, Herbert: Der Vorrang der Tarifvertragsparteien bei der Regelung materieller Arbeitsbedingungen, BB 1965, 632.

- Moritz, Klaus: Mitbestimmung des Betriebsrats bei Leistungsvergütungen - insbesondere bei Provisionsregelungen, AuR 1983, 97.
- Müller, Gerhard: Betriebsratsamt und gewerkschaftlicher Vertrauensmann, RdA 1976, 46.
- Die betriebsverfassungsrechtliche Maxime der vertrauensvollen Zusammenarbeit in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in Festschrift für Wilhelm Herschel, 1982, S. 269.
- Müller, Richard: Hie Gewerkschaft! Hie Betriebsorganisation! in Schneider/Kuda, S. 99.
- Natzel, Benno: Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrates bei der menschengerechten Gestaltung der Arbeit, DB 1972, Beil. 24.
- Neumann, Franz: Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung in Ramm (Hg.), Arbeitsrecht und Politik, S. 113.
- Neumann-Duesberg, Horst: Betriebsverfassungsrecht, Lehrbuch, Berlin 1960.
- Anmerkung zu BAG, Beschl. vom 6.12.1963 - 1 ABR 7/63 -, SAE 1964, 168.
- Neyses, Wilhelm: Grenzen der Mitbestimmung bei Sonderschichten, BStSozArbR 1977, 181.
- Niedenhoff, Horst-Udo: Praxis der betrieblichen Mitbestimmung, Köln 1979.
- Die Betriebsräte von 1981 bis 1984. Eine Analyse der Betriebsratswahlen, Köln 1981.
- Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, II. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1959, III. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1966.
- Anmerkung zu BAG, Urt. vom 24.9.1959 - 2AZR 28/57 -, AP Nr. 11 zu § 611 BGB Akkordlohn.
- Nipperdey, Hans Carl: Die betrieblichen Arbeitsbedingungen des § 56 Betriebsverfassungsgesetz, RdA 1966, 450.
- Obermayer, Klaus: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Regierungsentwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes, DB 1971, 1715.
- von Certezen, Peter: Betriebsräte in der Novemberrevolution, Düsseldorf 1963.
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 42. Aufl., München 1983.
- Graf von Pestalozza, Christian: Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat 1963, 425.
- Der Garantiegehalt der Kompetenznorm, Der Staat 1972, 161.
- Pinther, Helmut: Vorschläge des Deutschen Gewerkschaftsbundes zur Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes, AuR 1968, 97.
- Poetschke-Heffter, Fritz: Handausgabe der Reichsverfassung vom 11.8.1919, 3. Aufl., Berlin 1919.
- Pohle, Ekhard: Das Betriebsverfassungsgesetz in der betrieblichen Praxis, Wiesbaden 1979.
- Potthoff, Heinz: Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht in Ramm (Hg.), Arbeitsrecht und Politik, S. 1.
- Preis, Bernd: Tarifdispositives Richterrecht, ZfA 1972, 271.
- Einseitige tarifliche Bestimmungsrechte des Arbeitgebers und das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG, DB 1973, 474.
- Pünzel, Leo: Die Einigungsstelle des BetrVG 1972, Neuwied und Darmstadt 1981.
- Raatz, Günther: Personalleitung und Betriebsverfassung, DB 1972, Beil. 1.
- Ramm, Thilo: Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Stuttgart 1965.
- Die Arbeitsverfassung der Weimarer Republik in In Memoriam Sir Otto Kahn-Freund, München 1981, S. 225.
 - (Hg.) Arbeitsrecht und Politik, Quellentexte 1918 - 1933, Neuwied und Berlin 1966.
- Ranke, Friedbert: Betriebsverfassung und Unternehmenswirklichkeit, Opladen 1982.

- Reuter, Dieter: Vergütung von AT-Angestellten und betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung, Königstein/Ts. 1979.
- Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1973, ZfA 1974, 235.
 - Gewerkschaftliche Präsenz im Betrieb in Festschrift für Gerhard Müller, 1981, S. 387.
 - Die Mitbestimmung des Betriebsrats über die Lage der Arbeitszeit von Ladenangestellten, ZfA 1981, 165.
 - Anmerkung zu BAG, Beschluß vom 11.11.1974 - 1 ABR 65/73 -, SAE 1976, 15.
- Reuter, Dieter/Streckel, Siegmund: Grundlagen der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung, Frankfurt a.M. 1973.
- Richardi, Reinhard: Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968.
- Betriebsverfassung und Privatautonomie, Berlin, New York 1973.
 - Die arbeitsvertragliche Einheitsregelung und ihr Verhältnis zu Kollektivvereinbarungen, RdA 1965, 49.
 - Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung des Arbeitsentgelts, ZfA 1976, 1.
 - Die Bedeutung des Mitbestimmungsurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 1979 für die Arbeitsrechtsordnung, AöR 1979, 546.
 - Die Rechtsstellung der Gewerkschaften im Betrieb in Festschrift für Gerhard Müller, 1981, S. 413.
 - Arbeitsrechtliche Aspekte neuer Arbeitszeitstrukturen, RdA 1981, 201.
 - Anmerkung zu BAG, Beschl. vom 31.1.1969 - 1 ABR 11/68 -, SAE 1969, 182.
 - Anmerkung zu BAG, Beschl. vom 13.3.1973 - 1 ABR 16/72 -, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen.
 - Anmerkung zu BAG, Beschl. vom 14.11.1974 - 1 ABR 65/73 -, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972.
 - Anmerkung zu LAG Hamm, Beschl. vom 9.3.1972 - 8 BV Ta 2/72 -, AP Nr. 1 zu § 2 BetrVG 1972.
 - Anmerkung zu BAG, Beschl. vom 12.6.1975 - 3 ABR 13/74 -, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG Altersversorgung.
 - Anmerkung zu BAG, Beschl. vom 22.12.1980 - 1 ABR 2/79 -, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.
- Ridder, Helmut Karl Johannes: Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1960.
- Rosenberg, Arthur: Geschichte der Weimarer Republik, 15. Aufl., Frankfurt a.M. 1973.
- Rosenberg, Ludwig: Die deutschen Gewerkschaften, RdA 1948, 123.
- Rudolph, Fritz: Die Ordnung des Betriebes, Köln und Opladen 1965.
- Rüthers, Bernd: Rechtsprobleme des Zeitlohnes an taktgebundenen Produktionsanlagen, ZfA 1973, 399.
- Anmerkung zu LAG Düsseldorf, Beschl. vom 17.7.1973 - 8 Ta BV 11/73 -, EZA § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 1.
- Rumpff, Klaus: Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Entgeltsfragen, insbesondere beim Leistungslohn, nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972, AuR 1972, 65.
- Sabel, Anton: Das deutsche Betriebsverfassungsgesetz, RdA 1952, 281.
- Säcker, Franz Jürgen: Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969.
- Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972.
 - 10 Jahre Betriebsverfassungsgesetz 1972 im Spiegel höchstgerichtlicher Rechtsprechung, Köln 1982.

- Die Betriebsvereinbarung in AR-Blattei D Betriebsvereinbarung I.
 - Das Verhältnis des Tarifvertrages zu den übrigen arbeitsrechtlichen Rechtsquellen in AR-Blattei D Tarifvertrag I C.
 - Das Betriebsverfassungsrecht in der höchststrichterlichen Rechtsprechung, HBV Gruppe 1, S. 349.
 - Betriebsratsamt und Arbeitsverhältnis, RdA 1965, 372.
 - Hochmals: Direktions- und Hausrecht als Abwehrrechte gegen gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb, BB 1966, 784.
 - Zur Interpretation der Öffnungsklausel des § 59 BetrVG, RdA 1967, 370.
 - Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, RdA 1969, 291.
 - Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsvereinbarungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis, ZfA 1972 (Sonderheft), 41.
 - Tarifvorrang und Mitbestimmung des Betriebsrates beim Arbeitsentgelt, BB 1979, 1201.
- Sahmer, Heinz: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Frankfurt a.M. 1972 ff.
- Schacht, Konrad/Unterseher, Lutz: Das Tarifvertragssystem der Bundesrepublik in Meißner, Werner/Unterseher, Lutz (Hg.), Verteilungskampf und Stabilitätspolitik, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1973.
- Schaub, Günter: Arbeitsrechtshandbuch, 4. Aufl., München 1980.
- Schelp: Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung im Rahmen von § 59 des Betriebsverfassungsgesetzes, DB 1962, 1242, 1275.
- Scheuner, Ulrich: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11, 1.
- Schimana, Rudolf/Frauenkorn, Karl-Peter: Arbeitsrechtliche Aspekte einer betrieblichen Regelung der Vermögensbildung durch Gewinn- und Kapitalbeteiligung, DB 1980, 445.
- Schlüter, Lothar: Die Stellung und Bedeutung des Betriebsrats, Dissertation Erlangen-Nürnberg 1966.
- Schmid, Hans Dieter, Grundzüge des Arbeitsrechts, München 1981.
- Schmidt, Eberhard: Ordnungsfaktor oder Gegenmacht, Die politische Rolle der Gewerkschaften, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1972.
- Zur Strategie betriebsnaher Tarifpolitik in Jacobi u.a. (Hg.), Kritisches Jahrbuch 1972, S. 145.
 - Die Rolle der Betriebsräte in der Gewerkschaftsbewegung in Jacobi u.a. (Hg.), Kritisches Jahrbuch 1973.
- Schneider, Dieter/Kuda, Rudolf: Arbeiterräte in der Novemberrevolution, Ideen, Wirkungen, Dokumente, Frankfurt a.M. 1969.
- Schneider, Wolfgang: Aufgaben und Rechte der Gewerkschaften in der Betriebsverfassung in HBV, Gruppe 1, S. 107.
- Nochmals: Umfang der Mitbestimmung des Betriebsrats bei Sonderschichten, BlStSozArbR 1977, 196.
 - Die Betriebsratswahlen 1981 - eine Gesamtbewertung, GewMH 1981, 645.
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1954.
- Scholz, Rupert: Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971.
- Schuldt, Hermann: Die Betriebsvereinbarung im Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag und zum Tarifvertrag, Berlin 1925.
- Schulze-Osterloh, Joachim: Anmerkung zu BAG, Beschl. vom 29.3.1977 - 1ABR 123/74 - , AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Provision.
- Schwerdtner, Peter: Anmerkung zu LAG Baden-Württemberg, Beschluß vom 28.2. 1980 - 11 TaBV 15/79 -, EZA § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 4.

- Siebert, Gerd/Segen, Barbara/Becker, Kurt: Betriebsverfassungsgesetz '72, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 1981.
- Siebert, Wolfgang: Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis in Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1955, S. 119.
- Grundgedanken der Betriebsverfassung, RdA 1958, 161.
- Simitis, Spiros/Weiss, Manfred: Zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei Kurzarbeit, DB 1973, 1240.
- Söllner, Alfred: Arbeitsrecht, 7. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1981.
- Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Wiesbaden 1966.
 - Zur vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Betriebsvertretung und Arbeitgeber, DB 1968, 571.
- Spie, Ulrich/Piesker, Herbert: Beteiligungsrechte von Betriebsrat und Arbeitnehmern im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes, BB 1981, 796.
- Stadler, Hubert: Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz in Fragen der Leistungsentlohnung, BB 1972, 800.
- von Stebut, Dietrich: Die Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit, RdA 1974, 332.
- Stege, Dieter/Weinspach, F.K.: Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl., Köln 1981.
- Steinmann, Horst/Gäfigen, Gérard/Blomeyer, Wolfgang: Die Kosten der Mitbestimmung, Mannheim, Wien, Zürich 1981.
- Strieder, Peter: Betriebliche Lohnpolitik, BB 1980, 420.
- Synopse zum Betriebsverfassungsgesetz von Leo Schütze, Erich Schwaiger, H.C. Roglin (Hg.), Bonn 1971.
- Tarnow, Fritz: Referat auf dem Elften Verbandstag des Deutschen Holzarbeiter-Verbandes in Berlin vom 15. bis 21. Juni 1919 in Schneider/Kuda, S. 156.
- Teuteberg, Hans Jürgen: Geschichte der industriellen Mitbestimmung in Deutschland, Tübingen 1961.
- Treu, Hans-Eckbert: Dualistisches System der Interessenvertretung und Einheitsgewerkschaftsprinzip. Eine Studie zum Verhältnis von Gewerkschaft und Betrieb, Frankfurt a.M. 1980.
- Vetter, Heinz Oskar: Gleichberechtigung oder Klassenkampf, Köln 1980.
- Vollmer, Lothar: Aufgaben- und Zuständigkeitsverteilung zwischen mitbestimmungsrechtlicher und tarifvertraglicher Interessenvertretung, DB 1979, 308, 355.
- Wagner, Hardy R.H.: Erfahrungen mit dem Betriebsverfassungsgesetz, Köln 1960.
- Weber, Werner: Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat 1965, 409.
- Weiss, Manfred: Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 1980.
- Betriebsverfassungsgesetz in Maus, Handbuch X B, Baden-Baden 1975.
- Weller, Bernhard: Arbeitslosigkeit und Arbeitsrecht, Stuttgart 1969.
- Wester, Kurt/Schlüpers-Oehmen, Reinhold: Betriebsverfassungs-, Personalvertretungs- und Mitbestimmungsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1980.
- Wiedemann, Herbert/Moll, Wilhelm: Anm. zu BAG, Beschl. vom 8.3.1977 - 1 ABR 33/75 -, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Auszahlung.
- Anmerkung zu BAG, Urt. vom 25.10.1977 - 1 AZR 452/74 -, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.
- Wiedemann, Herbert/Stumpf, Hermann: Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., München 1977.
- Wiese, Günther: Das Initiativrecht nach dem Betriebsverfassungsgesetz, Neuwied und Darmstadt 1977.
- Zum Gesetzes- und Tarifvorbehalt nach § 87 Abs. 1 BetrVG in 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 1977, S. 661.
 - Die Beschränkung der Sperrwirkung des § 59 BetrVG auf Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, RdA 1968, 41.
 - Der Ausbau des Betriebsverfassungsrechts, Arb^WGegenw. 1972, 55.

Wlotzke, Otfried: Das Günstigkeitsprinzip, Heidelberg 1957.

- Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht, RdA 1963, 1.

Zippelius, Reinhold: Einführung in die juristische Methodenlehre, 3. Aufl., München 1980.

Zöllner, Wolfgang: Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 1979.

- Die Sperrwirkung des § 59 BetrVG in Festschrift für Nipperdey, 1965, Bd. II, S. 699.

- Anmerkung zu BVerfG, Beschluß vom 30.11.1965-2BvR 54/62-, SAE 1966, 157, 162.

Zöllner, Wolfgang/Seiter, Hugo: Paritätische Mitbestimmung und Art. 9 Abs. 3 GG, Köln, Berlin, Bonn, München 1970.

Lebenslauf

Am 15. Dezember 1944 wurde ich in Peckelsheim, Kreis Warburg, als Sohn des Bankangestellten Helmut Heyer und seiner Ehefrau Erna Heyer, geb. Knappe, geboren. Im April 1951 wurde ich eingeschult. Von 1955 bis 1964 besuchte ich das neusprachliche Gymnasium Humboldtschule in Essen. Nach zweijähriger Dienstzeit bei der Bundeswehr studierte ich Rechtswissenschaft in Tübingen und Berlin. Am 26. November 1970 legte ich die erste juristische Staatsprüfung ab. Die Referendarausbildung beendete ich am 25. April 1975 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung. Seitdem bin ich in Berlin als Richter tätig, zur Zeit als Richter am Amtsgericht.

Ich bin verheiratet und habe eine dreijährige Tochter.

